





N. 47



~~4176~~

Race-De Marigny C. 181-185-3001

CORSO ELEMENTARE

DI

DRITTO CIVILE FRANCESE

TOMO I.

CORSO ELEMENTARE
DI
DRITTO CIVILE FRANCESE

OSSIA

SPIEGAZIONE TEORICO-PRATICA DEL CODICE CIVILE

PER V. MARCADÉ

AVVOCATO AL CONSIGLIO DI STATO ED ALLA CORTE DI CASSAZIONE, AVVOCATO DEL MINISTERO DELL'INTERNO

VERSIONE ITALIANA ESEGUITA SULLA 4^a EDIZIONE DI PARIGI

Corretta, aumentata e notabilmente migliorata dall'autore

COLL'AGGIUNTA DEL CONFRONTO DELLE LEGGI PATRIE E DI VARIE ALTRE NOTE
RIGUARDANTI LA LEGISLAZIONE DEL REGNO DELLE DUE SICILIE

PER MICHELE PINTO



TOMO I.

NAPOLI

STABILIMENTO TIPOGRAFICO DI GAETANO NOBILE

Via Toledo Salita o' Ventaglieri n.° 14.

1851

La presente traduzione con note è messa sotto
la salvaguardia delle vigenti leggi penali.

ALL' ESIMIO GIURECONSULTO

CAV. D. FRANCESCO NAVARRO

PRESIDENTE DELLA SUPREMA CORTE DI GIUSTIZIA DI NAPOLI.

Signor Cavaliere

A niuno van meglio dedicate le opere , che a coloro i quali e possono per scienza giustamente estimarle e per autorità vigorosamente proteggerle. L'una senza l'altra mal giustificherebbe una dedica. Chi la scienza dissociata dall'autorità nullo vigore avrebbe a difendere le opere dagli sforzi degl' invidiosi, e l'autorità senza la scienza non avrebbe onde prendere una difesa di difesa e di protezione atta a convincere gl' intelletti ripugnanti. Altri titoli da questi, che si terminino nel giro delle private relazioni, giustificheranno una dedica di amicizia non una dedica di merito. Scienza adunque di diritto, ed autorità di fatto, raccolte entrambe in sommo grado in Lei, m' imposero il dovere di dedicarle la versione per me fatta in Italia dell' opera celebratissima del Corso Elementare di Diritto Civile Francese di V. Marcadé. Parlar del merito di questo famoso giureconsulto, francese di nazione ma europeo di nome, sarebbe un offuscar di tenebre la luce. Marcadé risplende del suo stesso nome, alle menti di quanti coltivano la scienza della giustizia. La giurisprudenza del secolo decimonono gli dovrà eterna ricordanza, perchè così profondamente ne scrutò i principi fondamentali, ne classò i titoli, ne dispiegò le prossime conseguenze, ne difese trionfalmente la sal-

dezza. Marcadi vero filosofo del Diritto non paventò innanzi alla canizie di una mal riverita tradizione, nè lo scuotè tulvolta l'anticipazione del pregiudizio, o il freddo peso di autorità sia di stranieri, sia di domestici giureconsulti. Ei si fa a rimiscolar tutta la scienza del dritto, chiamando al sindacato della ragione quanto finora detto non la sapienza di Francia, o di altre colte nazioni, ma la sapienza umana governante. Voleva poi il Marcadi savissimamente che la sua opera tornasse giovevole non meno ai dotti della scienza, che agli studenti. Innestò quindi al metodo analitico, detto da lui esegetico, il sintetico chiamato per lui dommatico. E in tal guisa stesava bellamente pei dotti la tela del dritto, e ne ritessava le fila per gli studenti nella deduzione delle immediate conseguenze. L'Europa nell'applaudire al merito del Marcadi gli rendeva a non e dell'operoso gioventù e dei profondi giureconsulti i dovuti ringraziamenti. Ma Napoli li renderà a Lei, Signor Cavaliere, se con benevole favore accoglierà questo prodotto del mio giovanile ingegno, con che italianando l'opera di quel giureconsulto cotanto benemerito nel dritto, intesi di giovare non meno alla napolitana gioventù, che a me stesso. Il che tanto più sperai di otte-

nere dal mio esiguo lavoro, quanto che mi faticai di applicare all'uso i principi del rinomato autore alle nostre legali teorie, le quali spesso fiate si differenziano dalle francesi sia per mutazioni portate al testo istesso, sia per leggi e decreti susseguenti che ne modificano il valore. Ma più di ogni altro vivificò le mie nascenti speranze la fiducia che concepì nel di Lei nome, quando la prima volta mi sorse il pensiero d'intraprendere il faticoso lavoro. Questa stessa fiducia mi v'è inanimi nel difficile progresso, e spero che questa sia pure per aggiugnere nuovo spirito alle mie forze, per portarlo a perfetto compimento. Il che senza dubbio verrà se Ella stata sempre promotrice de' buoni studi ed incoraggiatrice degli sforzi giovanili, si degnarà di proteggere del forte scudo del suo nome la presente produzione che umilmente le offro.

Napoli 15 Giugno 1851.

Emilia, Dirotti, serro

Michele Pinto

Corte Suprema di Giustizia

Gentilissimo Signor D. Michele

Elle ha avuto la bontà di manifestarmi, che intende dedicarmi la sua versione del Corso Elementare di Diritto Civile Francese del Marcadé. Io comunque sia alieno dall'accettare simili offerte, perchè non mi credo degno di quest'onore, e ciò lo dico con tutta buona fede; pure non intendo esserne scortese rifiutando un atto di bontà e di benevolenza e però l'accetto e le ne rendo distinte grazie.

Accolga i sensi di distinta stima.

Napoli 27 Giugno 1851.

Umiliss. Obbligatiss. suo servo
Cav. Francesco Navarro

All'avvocato
Signor D. Michele Pinto
Città.

L' EDITORE NAPOLITANO

« Un giudizioso giureconsulto scriveva or volgono trent'anni: *quasi le scienze tutte mancano di buoni elementi*, e ne assegnava la ragione in ciò che *gli elementi non possono venir ben dettati che da un gran maestro*. Sendo così la cosa, la reputazione dell' opera del MARCADÉ è giustamente meritata; perciocchè è forza convenire che egli, dopo di aver concepito il suo libro elementare nella sua mente sopra larghe ed ampie basi, lo ha tradotto in atto in modo che appaga tutte le speranze.

La prima quistione, e forse la più difficile, ch'ei doveva per avventura risolvere, era la scelta del metodo. Giovava forse accostarsi al sistema del gran Donello e scrivere od un vero *trattato*, come avealo fatto, sebbene troppo concisamente, il Zachariae, od un trattato meno rigoroso come quello del Delvincourt, od un di quei quasi-trattati i quali non si discostano dall'ordine degli articoli se non per attenersi a quello de' titoli e dei capitoli, come han fatto Toullier dapprima, poscia Durranton e recentemente il Demolombe? O pure conveniva meglio di porsi sotto il vessillo di Cuiacio e dar la preferenza al *comento* cui ebbero sì generalmente seguito i giureconsulti romani, ed a' nostri di fu applicato al Codice civile dal signor Troplong?

Di questi due metodi esegetico e dommatico, che tengono divisi i più chiari intelletti e de' quali ciascuno offre alla sua volta grandi vantaggi accanto a gravi inconvenienti, il Marcadé non ha adottato esclusivamente nè l'uno, nè l'altro; sibbene li ha innestati insieme in modo da conseguire i vantaggi di entrambi, rimuovendone gl' inconvenienti. La umana intelligenza, ha considerato l' autore in suo pensiero, non

giunge all' esatta comprensione delle cose che per la duplice operazione dell' analisi e della sintesi. Or l'analisi è il commento, la sintesi è il trattato; dunque il commento e'l trattato debbono incedere a pari passo, ed è appunto perchè i due metodi altro non sono che le due parti d'uno stesso tutto che sonosi scorti tanti difetti, quando si è voluto usare isolatamente o l'uno, ovvero l'altro. Ma come fondere questi due metodi in uno? I vantaggi del commento, stando nella stessa sua forma, l'autore ha serbato nella parte principale del libro, con questo però, che sotto tal forma esegetica, la esposizione delle idee sarebbe in realtà dommatica, vale a dire, che ciascun articolo contenesse l'applicazione di un trattato preconcelto, ed è ben digerito nella mente di esso autore, il quale ha così fatto un commento che è l'espressione trasformata d'un trattato inedito, trattato del quale pur trovi d'altronde il sunto in fine del commento medesimo. Tale è il disegno del libro, e questo disegno, come nota Ortz di Bruxelles, è un'innovazione felicissima.

Non ci diffonderemo nell'esame degli altri svariati caratteri che distinguono il libro trovandosene la più parte di già notati da moltissimi e competenti critici, i quali a gara osservano or questa or quella qualità che troppo erano appariscenti per non iscorgersi a prima vista. Ma non sappiamo rimanerci dal segnarne una che è fra tutte la più eminente, anzi la più feconda, perocchè da essa emergono tutte le altre e da essa emerge altresì l'unico difetto che si è finora rimproverato all'autore. Questa qualità è l'ardore, diremo quasi l'impeto della sua passione per la scienza, dell'amor suo per la verità.

Chi si abitua alla lettura del libro del Marcadé di leggieri si persuade come quel suo calore nella discussione; quella sua diligente cura nello indagare il pensiero intimo della legge, e nel far sì che il lettore se ne compenetri; quell'assoluta sua indipendenza per la quale non badando a nomi celebri od oscuri, a titoli alti o modesti, si attiene unicamente alle idee, per discernere se le sien vere o false; quel suo metodo infine originale ed interessante che reude attraenti le materie cotanto aride per loro stesse, tutto attribuir si vuole ad una causa sola, all'amore del vero che è in lui ardentissimo e profondo. In ogni discussione la immaginazione può scorgere due periodi ben distinti l'uno dall'altro, pe' quali lo scrittore è evidentemente passato. Vedi nel primo l'uomo dotto e pacato, che pondera ed esamina con la fredda ragione del matematico; nel secondo periodo, quando ha trovato la verità, vedi l'artista che si entusiasma, e sa comunicare agli altri gli slanci onde vibrano le corde dell'animo suo.

E questo ardente amore del vero è altresì cagione del difetto ond'è appuntato il Marcadé, vogliam dire quel suo modo di dire alcuna

volta troppo libero e reciso. Così ne' sommari anzichè annunziare il suo dissentimento col tale autore, ei dice in generale e con franchezza — *errore di tale autore* — Ma questo difetto non è forse conseguenza delle qualità stesse del libro? Potrà pretendersi che la mente e'l cuore preoccupati da una forte convinzione stia a badare alla minuziosa precauzione di non chiamar le cose col nome loro? — Nè il Marcadé tratta se stesso diversamente dagli altri. Leggete per esempio, il suo articolo 895, vedete con quanto ardore combatte i vizi del ragionamento che ei confuta. Or questo ragionamento è suo proprio; lo scrittore che ei così accanitamente insegue è egli stesso, ed il sommario intanto annuncia spiattelemente la *confutazione di un errore dell'autore*. Ma per verità non si sà forse da secoli che *errare humanum est*? Se dunque tutti confessiamo essere l'errore l'appannaggio della povera nostra umanità, a che mostrarci tanto delicati e sensibili su questo punto?

Il fin qui detto del libro prova abbastanza, come esso non sia meno acconcio all'insegnamento che utile alla pratica. Pur non è tutto: l'opera è ricca di alte qualità che specialmente si riferiscono agli affari. L'autore stato successivamente Avvocato al foro di Roano, alla Corte di Parigi, ed alla Corte di cassazione, edotto in una pratica alla quale la massima parte de'suoi predecessori erano estranei, ha avuto tuttodi l'opportunità di sperimentare l'insufficienza degli studi per lui fatti alla scuola, e però ha dovuto scrivere il suo libro in conseguenza. Ond' egli non pure attende a citare gli arresti importanti e ad analizzare l'opinione degli autori, ma vi arroge una sapiente scelta di numerosi esempi, il che reca tale un vantaggio che niun'opera aveva finora recato. Affè che noi giudichiam soverchio il notare quanta utilità codesti esempi fruttino a' giovani studiosi, i quali rinvergon per così dire, in essi una scuola di applicazione, e prendono domestichezza mentre ancor stanno su i banchi della facoltà, con quella guida che più tardi dovrà dirigerli in mezzo agli affari. »

Ecco il quadro che ad un di presso un famoso professore di Aix (1) ci porge dell'opera del Marcadé. Or il dare ai nostri forensi concittadini non mica una mera versione di cotant'opera, ma una versione corredata di apposite note, riguardanti la nostra patria civile legislazione in elegante edizione, stimammo essere non picciolo servizio che noi li avremmo reso: laonde fummo solleciti rivolgerci al valente avvocato Errico Castellano a fine di ottenere un lavoro siffatto, e fummo lieti quando, condisceso questi a' nostri desì, in poco tempo ben venticinque fogli potemmo pubblicare dell'opera. Ma attese le gravi sue cure, il

(1) Il signor Etienne. Vedi *Le Droit*, 3 luglio 1847.

Castellano non avendo potuto proseguire il lavoro, ne rimanemmo dolenti, ma onde non far andare fallite le nostre promesse, nulla curando, ne abbiamo intrapreso una seconda edizione affidandone la cura a non meno valente avvocato del Castellano, al sig. Pinto, il quale facendo tesoro de' di costui lavori, sull'istesso metodo, per poter così completare l'opera a chi finora ci aveva onorato di sua firma, eseguirà le sue lucubrazioni sul non mai a bastanza lodato scrillore, il Marcadè. Vogliano i dotti della scienza secondare le nostre sincere intenzioni col loro favore, ed i giovani inanimarne colla facile accettazione delle nostre fatiche che in pro loro spendiamo.

N. B. Gli articoli delle nostre leggi civili corrispondenti a quelli del Codice civile francese, saranno a lato di questi citati in parentesi, dichiarando in note le modifiche che avranno potuto soffrire. *Nota del traduttore.*



PREFAZIONE

Per certo o la parola *elementi* non ha significato, o pure indica i principi di una cosa, le sue parti prime, essenziali, costitutive. Gli elementi di una scienza sono le idee madri, i principi fondamentali di siffatta scienza. L'opera elementare è quella che sul terreno delle intelligenze pone in atto i primi lavori dell'edificio scientifico da innalzare; è dessa che deve scavare il snolo, porre solidamente le basi, congiungere fortemente le parti, fare infine tutto ciò che forma l'edificio. Nel rimanente tutti gli svariati lavori diretti a procurare l'agio, la bellezza e lo stesso lusso escono da' suoi confini.

Due differenze insomma hannovi ad essere fra un libro elementare ed un'opera di polso; per la prima delle quali l'autore elementare ha una fatica di meno, ma una di più per la seconda.

La prima differenza consiste in quanto il libro elementare non circonda l'esposizione di un principio di tante circostanze storiche, filosofiche, ed altre; non si eleverà molto nelle indagini della sua origine e filiazione; nè molto discenderà nel dedurre le conseguenze, che non è suo ufficio di svolgere insino ai più minuti particolari. È questa appunto la fatica di meno.

Marcadé T. I.

Ma nello esporre i principi (ed è questa la seconda differenza) quanto minuta cura non deve usare per farli agevoli a comprendersi, e profondamente imprimerli nella mente! Questi principi, che l'opera di polso si contenterà spesso d'indicare come puntiglii noti, con quale attenzione non deve metterli in chiaro il libro elementare! Con quanta assiduità non deve combattere tutte le proposizioni che hanno cercato attentare ad alcuno di questi *elementi*, ad alcuna di queste basi della scienza! Come non dee mostrare questi principi sotto tutti i loro aspetti, precisare tutti i loro caratteri, analizzare la loro filonomia, perchè dappertutto e sempre sian poscia ravvisati, in qualunque circostanza e sotto qualunque forma si possano presentare! Ed è questa la fatica di più.

La qual fatica sarà lunga; perciocchè bisognerà talvolta una intera pagina per far ben comprendere l'errore presentato in un solo rigo, ed un'altra in seguito per confutarlo.

Ma d'altra parte, nè si può dissimularlo, grande è l'importanza di un cotale libro. Gli elementi, i principi son forse poca cosa? E per vero se un po' meglio i principi fossero conosciuti, i nostri tribunali, i nostri più accreditati autori, i più rinomati nostri giure-

consulti sarebbero spesso in disaccordo?... Sarebbe mestieri il dirlo, e ad alta voce annunziarlo: i principi sono troppo dimenticati, troppo poco studiati; nè si leggono, nè si scrivono abbastanza libri elementari.

Ciò che costituisce un libro elementare non è la riduzione dell'opera in un quadro ristrettissimo, non è l'omissione delle questioni importanti, e molto meno la soluzione di esse per via di una semplice affermazione o negazione. Con un tal sistema non si forma affatto un libro elementare, nè per certo si stabiliscono le basi della scienza; per contrario più difficile, anzi direi quasi impossibile a raggiungerli, questa si rende.

In un libro elementare da un canto si richiede la proserizione di lunghe escursioni storiche, di alte considerazioni di legislazione, di comparazioni profonde col diritto antico, di erudite dissertazioni sulle leggi romane, di minute analisi di arresti, le quali certo non sono indispensabili per la perfetta intelligenza del codice civile; e dall'altro dovranno stabilirsi i principi, discutersi e risolversi le questioni col più chiaro metodo, con la più scrupolosa cura, e con le maggiori possibili precauzioni.

Come ognun vede sono alieno dal partecipare alla molto comune opinione, che una opera di polso debba essere molto estesa, e brevissimo un libro elementare. A parer mio saranno per necessità lunghi e l'una e l'altro; la prima perchè deve dire più cose; il secondo perchè deve dirle più diffusamente.

Potrà dirsi perciò che un'opera di poco volume non possa mai servire a nulla? Non è questa la mia idea. Quest'opera può essere utile, utilissima; ma solo per presentare una seconda fiata, ed in un quadro più ristretto, le cose precedentemente studiate col necessario svolgimento: aver deve per oggetto non già di spiegare, ma di ricordare ciò che una precedente spiegazione abbia fatto comprendere volersi contentare di essa, sarebbe lo stesso che pretendere di rammentarsi di quello che non si è mai saputo.

Ed è che parmi utilissimo questo lavoro, perchè in prosieguo di sufficiente spiegazione ho dato in fine di ciascun titolo un riassunto succinto abbastanza, ma completo per quanto era possibile, delle cose tutte che nel titolo stesso si trovano svolte a sufficienza.

In quanto al metodo, che ho seguito, è una fusione, per quanto le circostanze il comportavano, de' due metodi *esegetico* e *domma-*

tico, pe' qualia vicenda parteggiano i migliori ingegni. Infatti basterebbe questo disparere tra uomini eminenti per provare che ciasuno de' due sistemi non debba essere esclusivamente adoperato; e quando in seguito discendiamo all' esame de' fatti, e precipuamente a studiare le operazioni della nostra mente, ne restiamo senz'altro convinti.

Nel metodo *dommatico*, nel *trattato*, l'autore pone le divisioni, le classificazioni sue in luogo di quelle del codice; sostituisce alla via seguita dal legislatore una diversa, che forse può essere più semplice, più logica, o anche migliore, ma che, solo perchè non è quella della legge, offre due gravi inconvenienti.

Consiste il primo in ciò, che sovente mal si comprenderà il senso di un articolo, di cui si sarebbe perfettamente concepita l'idea, se si fosse esaminato il luogo che occupa, l'ordine ed il legame degli altri articoli tra i quali si trova, ed il filo delle idee per le quali il redattore ad esso è pervenuto.

Il secondo è che dopo lunghi studi, e quando, suppongo pure, si sarà giunto a conoscere benissimo i diversi risultamenti di tutti gli articoli del codice, non si sarà acquistata cognizione di questi medesimi articoli. Si conoscerà che tal cosa è ordinata e tal altra è proibita; ma s'ignorerà qual è il luogo, qual è il numero dell'articolo che prescrive l'una, e l'altra vieta; talvolta eziandio non si saprà se l'ordine o l'inibizione risultino da esplicita disposizione espressamente scritta; o pure dalla combinazione di diversi articoli sparsi nel codice, ed infine se ciò sia solo per le conseguenze mediate e remote dal testo della legge. Io suppongo che si conosceranno benissimo i principi e le loro conseguenze; ma non si saprà in qual luogo siffatti principi e siffatte conseguenze sono scritte nel testo, nè anche se vi sono scritte. Ciò, in poche parole, si saprà tutto, ed intanto si durerà fatica per dimostrare qualsivoglia cosa anche col codice alla mano. L'esperienza tuttodì dimostra la verità di queste asserzioni, che d'altronde *a priori* il ragionamento fa sufficientemente comprendere.

Per l'opposto nel metodo *esegetico* strettamente si segue il testo; ogni articolo viene scompartito, a cagion di spiegarlo frase per frase, parola per parola; viene precisato per ciò che precede e quel che segue il senso ed

il valore di ciascheduna proposizione, di ogni termine, e se ne fa osservare la esattezza o la inesattezza, l'utilità o l'inutilità; poi, quando in sè stesso si è compreso quest'articolo, se ne studia l'armonia o la discordanza con gli altri che vi si riferiscono, deducendone le conseguenze, designandone le lacune.

Allorchè si è in siffatto modo proceduto in compagnia del legislatore, e che si è seguito lo stesso dappertutto, ed in ogni suo passo, anche quando abbia preso una falsa via, allora soltanto si può sperare di aver ben compreso il suo pensiero; indi in siffatto modo non è più soltanto il risultato del codice, sì bene è il codice stesso che si studia, e che familiare si rende.

Pur tuttavia, per quanto certo mi sembri l'eccellenza del metodo *esegetico*, non credo che solo basti per menare ad apprendere perfettamente. Ciascun de' due metodi ha, come tutte le cose umane, il suo buono ed il suo cattivo lato. . . . Nello studio del diritto, come in quello delle altre branche delle nostre conoscenze, l'uomo, quando anche non se ne accorge, non perviene giammai a comprendere perfettamente, se non per la duplice operazione dell'*analisi*, che divide l'oggetto per esaminarlo separatamente in ciascuna delle sue parti, e della *sintesi*, che riunisce queste parti divise per formarne un tutto logicamente coordinato e ridotto ad un quadro conciso, che la mente possa facilmente abbracciare.

Per siffatte ragioni, dopo di avere analizzato le diverse disposizioni di un titolo con un commento (che è per sè stesso l'applicazione di un trattato già concepito) ho stimato necessario di sintetizzarlo col metodo dommatico ne' riassunti, di cui ho di sopra parlato, e l'insieme de' quali forma quasi una seconda opera nella prima.

Così esposti i caratteri del libro, diciamo la intera verità su i motivi che ne spinsero.

Lo stato dello opere, e anche le più rimate, dedicate alla interpretazione del codice civile mi parve poco soddisfacente; avea creduto trovarvi spesso mancanza di metodo, ed anche mancanza di ragionamento, non che tutte le conseguenze che derivano da questi due capitali difetti.

Così, e per non parlare che della mancan-

(1) La nostra legislazione ha proscritto la morte civile, sebbene presso a poco alla medesima equivalga la perdita de' dritti civili, che accompagna le condanne perpetue pronun-

zate di ragionamento (che d'altronde basta per far prevedere quella del metodo), in uno de' nostri autori, e, notisi bene, di coloro che si chiamano maestri della scienza, leggevasi, che di due fratelli gemelli non egualmente robusti, rimasti vittima di uno stesso avvenimento, senza che si sappia chi di essi sia sopravvissuto all'altro, i tribunali, dato il tal caso, debbono dichiarare di essere perito il primo, colui che era il più robusto, precisamente perchè era il più forte (V. il t. III, art. 722, n. IV; in fine); in un altro caso, che l'ordinamento adottato dai compilatori del codice pel trattato delle obbligazioni, e che certamente offre alla rinfusa le più strane idee, incoerenti, contraddittorie, presenta un ordine perfettamente metodico e razionale (t. IV, osservazioni preliminari del tit. III, n. III); in questo che una proprietà esiste sempre in natura in un patrimonio, quando è alienata e trovasi rimpiazzata da denaro o da tutt'altra proprietà (t. III, art. 747, n. V-XI); in quell'altro, che un atto rigorosamente nullo, cioè legalmente inesistente, è la medesima cosa che un atto annullabile, cioè macchiato di un vizio, che permette di farlo mettere nel nulla (t. I, cap. IV del titolo del matrimonio, n. I e III): i più insegnavano che se il testamento di colui che è colpito da morte civile (cioè dalla privazione del godimento de' dritti civili) (1) è nullo, mentre quello di una persona realmente defunta è valido, ciò avviene perchè l'individuo colpito dalla morte civile è incapace (mentre quegli che è un cadavere apparentemente conserva la sua capacità!); se ne dava per ragione, in latino, che *momentum mortis momento vitae adnumeratur* (t. I, art. 25, n. XI). Così era cosa assodata e seriamente spiegata, che il cadavere che si porta al cimitero è tuttora capace di un altro dritto, del quale più non fruiscono i condannati ai lavori forzati o alla deportazione; imperciocchè il primo istante della morte tocca l'ultimo momento della vita! Ciò valeva lo stesso di quello che diceva il medico di Molière, il quale spiegava il mutismo di una giovane per causa *ossabundus nequeis nequer polarinus quipsa milus*; ovvero il fisico di un tempo, il quale spiegava che se l'acqua sale nelle pompe sino a 32 piedi, egli è perchè

ziate dalla giustizia punitrice; del che più distesamente tratteremo quando l'autore passerà a parlare della privazione de' dritti civili (Nota del traduttore).

la natura abborre il vóto sino a 52 piedi. Era peggio ancora, perciocchè l'*ossabundus nequeis* e il preteso abborrimento del vóto erano delle parole vuote di significato tendenti a spiegare almeno cose sensate, mentre che il *momentum mortis* era una frase vuota di senso tendente a spiegare un controsenso.

Certamente quando si vedono i commentatori insegnare che taluni condannati hanno minore capacità di un morto, quando vedonsi riprodurre di libro in libro idee cotante contrarie alla più volgare ragione, si comprende appieno a qual punto i nostri interpreti si lasciavano guidare dall'abitudine di accettare le idee ricevute, dall'autorità della tradizione, in somma dalla rotina. Del pari, e lo si può congetturare da questo solo esempio, quante inesattezze ammassate le une sulle altre, quante dissertazioni nelle quali l'autore, lungi di poter essere compreso, non sempre avrà compreso sè stesso; quanti punti su i quali si credeva aver tutto provato quando si era citata una frase del digesto o del codice giustiniano; quante contraddizioni, anche su i principi fondamentali, sulle prime basi della scienza! Precisiamo ciò, allegando qui un fatto degno di osservazione. Nell'opera dello scrittore più rinomato fra tutti, il Toullier, ed in quella parte stessa del suo lavoro che ha formato l'intera sua gloria, le *obbligazioni*, il solo capitolo della *pruova* contiene tante inesattezze, che un onorevole professore di Parigi, il sig. Bonnier, ha creduto spediente di scrivere una nota (p. 555) espressamente per iscusarsi di criticare sì spesso Toullier, e per far comprendere che ciò non faceva per ispirito di denigrazione, ma sì bene per la necessità di ristabilire i principi.

Del resto non si abbia a credere che l'accusa che qui dirigiamo, quantunque con prove alla mano, contro uomini giustamente celebri, sia nel nostro pensiero l'equivalente di una dichiarazione d'incapacità. Al contrario sappiamo che la maggior parte di questi nomi furono giureconsulti di merito eminente, non fosse per altro che per la loro scienza. Ma ogni cosa umana ha il suo lato debole; ogni medaglia ha il suo rovescio; più l'uomo arricchisce la sua memoria, più corre rischio di veder scemare le forze della sua intelligenza; e la soverchia scienza talvolta *istupidisce* (*abêtit*), giusta l'espressione di Pascal. . . . Eruditi, ed anche no-

mini di merito erano i Portalis, i Maleville, i Tronchet, i Berlier, tutti questi giureconsulti consumati che discutevano il nostro codice civile nel Consiglio di Stato; e non pertanto ivi si vedeva un giovane di trent'anni rimproverarli che loro mancassero talvolta le più semplici idee, ed affaticarsi per far loro comprendere, per esempio, che non può essere legalmente questione di annullare un matrimonio che legalmente non esiste. Questi uomini veramente illustri, erano intanto giunti, malgrado tutto il loro merito, a non comprendere che non si può punto annientare il nulla, distruggere quello che non è, demolire l'edilizio che non è ancora costruito! Tanto è grande l'influenza delle idee ricevute, de' pregiudizi di ogni genere, di principi di pura convenzione, ai quali lo spirito sembra attenersi tanto più quanto più ha penato ad appropriarseli: tanto è funesto l'esagerato rispetto dell'autorità; tanto è vero che la scienza può istupidire. . . . Forse per essere stati meno eruditi de' nostri antenati, abbiamo più facilmente evitato lo scoglio.

Che che ne sia noi intraprendemmo il presente lavoro affin di sostituire precisamente il ragionamento all'autorità delle tradizioni; per rimpiazzare le idee di convenzione con le idee logicamente valutate, e per rivendicare alla dottrina scritta il pieno ed intero esercizio del dritto di libera disamina e di franca discussione. Dicevamo sin d'allora sommamente ciò che poscia ad alta voce abbiamo ripetuto: « Cessiamo di credere più che sufficienti o quasi perfette le opere che spesso la natura stessa delle cose ha impedito di essere esatte; cessiamo di confondere il merito degli autori (che deve valutarsi solo *relativamente* alle circostanze nelle quali hanno scritto) col merito intrinseco delle loro opere (che deve assolutamente valutarsi), religiosamente conservandone alle persone la reputazione, la gloria che esse hanno giustamente acquistata; non diamo alle dottrine un valore che non hanno, e che non possono mai avere; mostriamoci forti e virili abbastanza per far loro sentire a vicenda una critica seria ed indipendente (*Riv. di legislaç.*, t. I del 1846, p. 502). »

Tal dritto di disamina e di discussione, per la privazione del quale l'umano intelletto cadrebbe nel grado delle macchine di riproduzione, era, è mestieri il dirlo, stranamente compreso e messo in pratica. Dimenticando

che una ed assoluta è la verità, che l'errore sin dal principio dev'essere combattuto senza riguardo a persone, senza preoccupazione de' titoli e qualità di colui che l'annunziò, e che se in ogni caso si può fare qualche differenza, la più energica confutazione potrà dirigersi precisamente contro coloro che sono più in alto collocati; imperciocchè ivi l'errore è più potente, e più che altrove contagioso; in generale si era a tal punto pervenuti, che, lungi dal sacrificare i nomi propri all'interesse del vero, di buon grado il vero immolavasi all'interesse de' nomi propri; e qualche proposizione, che francamente sarebbesi dichiarata assurda, se fosse venuta da un uomo oscuro, passava rispettata e quasi trionfante sotto l'egida di una grande reputazione. Così più d'uno si è scandalizzato quando ha visto arditamente dirigere la nostra critica tanto contro l'opera di Toullier, che contro le opere di altri.

Del rimanente il contrasto fra il sistema che abbiamo voluto rovesciare e quello che ci siamo sforzati di seguire ha vivamente colpito gli spiriti, sia nel foro, sia nella scuola.

Non si potrebbe dunque rinvocare in dubbio la realtà di questa rotina, alla quale ci siamo provati di sostituire uno studio ragionato e sentito delle convinzioni ottenute coll'attenta ricerca della volontà legislativa.

Inoltre non abbiamo indicato questa rotina, che nella dottrina scritta, nelle opere pubblicate sul codice. Riguardo all'insegnamento orale delle cattedre, sul bel principio non avevamo ad occuparcene; e d'altronde era lontano dal meritare lo stesso rimprovero. Se molti professori, anche i più coscienziosi, i più giustamente onorati, non hanno saputo emanciparsi da questa esagerata sottomissione alla tradizione, da questo rispetto per l'autorità spinto sino al felicismo, ve n'ha fortunatamente altri, i quali da lunga stagione camminano per la opposta via; e per non parlare che della scuola di Parigi, già si conosce nello studio del codice civile quanta franchezza di discussione, indipendenza di esame, e viva critica rattravasi ne' corsi di Bugnet, Oudot e Valette.

Ora si conosce tutto il nostro pensiero; si sa in che noi crediamo di aver fatto un libro veramente utile.

Per certo non abbiamo sognato di rimpiazzare con la nostra pubblicazione le erudite opere de' Merlin, de' Toullier, de' Pronhon, de' Duranton; imperciocchè un libro

non può essere una biblioteca. Ma abbiamo stimato che il nostro libro, sufficiente per sé solo in alcuni casi, avrebbe d'altronde il vantaggio di dirigere nello studio degli altri; studio più difficile, e sopra tutto più scarso, che non lo si crede comunemente.*

Nè molto meno ci siamo immaginato che questo libro renderebbe inutile ne' giovani l'assiduità ai corsi delle cattedre; poichè la parola parlata, per far comprendere, per colpire lo spirito, e facilitare la intelligenza delle cose, offre mezzi di che non dispone la parola scritta. Qual libro, per quanto scrupolosamente accurata ne possa essere la composizione, per quanto perfetto si possa immaginarlo, sarà mai, come mezzo di apprendere, l'equivalente di un corso così bello per metodo e chiarezza, così mirabilmente intelligibile, anche su i punti più ardui, che quello di Bugnet? Ma ciascuna cosa ha la sua propria utilità: accanto alla parola parlata abbisogna la scritta; ed a coloro che assistono a buoni corsi bisognano eziandio buoni libri. Ora noi abbiamo stimato che il nostro potrebbe meritare siffatta qualifica, e fummo felici il giorno che leggemmo in una critica, quantunque poco severa (in quella di Dalloz), che l'opera nostra sarebbe utilissima per lo insegnamento.

Finalmente per certo non pensammo, sebbene un altro critico (Duvergier) ci avesse rimproverato di aver raggiunto questo scopo (ciò che per altro, a mo' nostro di vedere, sarebbe un merito grandissimo), di presentare per ciascuna specie buoni modelli di *aringhe già fatte e di sentenze già redatte*; imperciocchè, messa pure da banda ogni altra considerazione, l'estensione di un libro di sette volumi non sarebbe stata sufficiente a tal uopo, tanto più che secondo l'avviso dello stesso critico, l'opera ha saputo conservare il proprio luogo alle idee astratte ed ai principi generali. Ma dopo di esserci studiati di dare a queste idee astratte ed alla teorica più esattezza, precisione, e lume di quanto sinora non si era fatto, abbiamo creduto che bisognava procedere ancora più innanzi, cioè preparare e facilitare anche l'applicazione di queste idee, occupandoci altresì meglio di quanto non si era fatto sinora della pratica.

Certamente se i due onorevoli critici non s'ingannano; se da una parte è vero che il libro ampiamente soddisfa ai bisogni della pratica, e dall'altra le sue teoriche siano di

natura tale da renderlo utilissimo per l'insegnamento; avrà molto felicemente raggiunto il suo scopo, e sarà facile spiegarne il successo.

Checchè ne sia, noi qui dobbiamo manifestare la sentita nostra riconoscenza per le testimonianze di simpatia che da ogni parte ci pervengono. Noi sentiamo di averla meritata, imperciocchè sarebbesi potuto in altri trovare scienza ed ingegno maggiore, ma giammai ardore più grande per esser utile, più grande zelo per agevolare lo studio, maggiore devozione per lo propagamento del vero.

Possa questa ricompensa, la più bella per l'uomo che sente, non mancarci per l'avvenire; possa continuarci a sostenere nel mezzo delle pene, degli ostacoli, delle rivalità suscitateci, e che ci saranno suscitate da fallite idee mercantili per un lato, da vanità individuali irritate per un altro; possa sempre discernere l'opera dettata veramente dall'amore della scienza e da un vivo affetto per l'interesse generale, da quella che non debbe la luce che all'interesse personale del suo autore e ad un sentimento di egoismo: e ciò per fare a ciascuna di esse diversa accoglienza.

Come naturale prosiegua della nostra prefazione poniamo in questo luogo le osservazioni che le nostre precedenti edizioni nel corpo del libro presentavano sull'opera di Toullier.

Eccellente è l'opera di Toullier, come dicemmo, e superiore ai nostri elogi; ma, egli stesso è che ce l dice, non bisogna mai giurare sulla parola del maestro, chiunque egli sia. *Errare humanum est*; e d'altronde Toullier trovavasi in particolari circostanze, che dovevano essere per lui cause inevitabili di errore.

Dottore dell'antica scuola; professore distinto della facoltà di Rennes prima della rivoluzione del 1789; nudrito più che d'altro del diritto romano, oggetto di sua predilezione, di cui vivamente anelava la cattedra, quando alla riapertura delle facoltà ottenne quella del codice civile; intorno all'età di sessant'anni, allorchè questo codice venne a regolare la Francia, era per lui impossibil cosa, anzi sovrumana, di familiarizzarsi ad un tratto con le nuove idee, che lo stesso consacrava; fortemente imbevuto degli antichi principi, nella meditazione de' quali aveva passata la sua vita, egli non seppe, nè, a dir vero, potè spacciarsene, per piegarsi di botto allo spirito della novella legge. Se ne ha notevolissima pruova, e chiara abbastanza, paragonando le varie parti dell'opera sua.

Ne' due primi volumi ei tratta delle persone; sovente i nostri legislatori in tal materia sonosi messi in opposizione del passato; del pari Toullier in ciò non è quello che nel prosiegua si mostra, e specialmente nella materia della morte civile e nel titolo del-

l'assenza: quivi i redattori meno han tolto a prestanza, e più spesso han dovuto creare; e però veramente debole si mostra Toullier, non che di molto incompiuto. Solo nel terzo volume, dove tratta delle cose, comincia realmente a meritare la sua celebrità. Nel quarto, al titolo delle successioni, l'antica giurisprudenza è abbandonata; del pari Toullier, secondando il voto di Chabot, il quale temeva la concorrenza pel suo commentario, ricade un poco per non si rialzare degualmente che al sesto volume, nel trattato delle obbligazioni, nel quale i nostri redattori altro non avevano fatto che disporre in articoli numerati i paragrafi di Pothier; ed ivi ancora Toullier diviene ammirevole, e fa un capolavoro. Si vegga come procede spedito! Sei volumi appena gli bastano per meno di 300 articoli; mentre che al libro delle persone gli erano stati sufficienti due volumi per più di 500. Molto significante di per sè sola è siffatta circostanza, comunque tutta materiale.

Questa nota, che avevamo eredito dovere di coscienza porre innanzi al nostro libro, ha scandalizzato più d'uno. Combattere ad ogni passo Duranton era pure comportabile; ma portar la mano fin sull'opera di Toullier, del principe della scienza, era, a veder loro, quasi un'empietà.

A questi uomini, che non comprendono al contrario l'empietà consistere nel preferire il rispetto de' nomi propri a quello della verità; che non s'avveggono essere un insulto per l'illustre professore di Rennes esentarlo dalla critica; che quanto più un autore è venuto in fama più fa mestieri combattere i suoi errori; e che se Toullier fosse

ancora vivo, col suo carattere sì leale e sì amante del vero, sarebbe certamente il primo a rigettare tutte le false dottrine che gli verrebbero additate; a siffatti nomi nulla abbiamo a rispondere.

Però allato, o meglio al di sopra di questi uomini, se n'è trovato uno che, uaturale difensore di Toullier, e quasi suo rappresentante, ha dovuto pronunziarsi sulla nostra critica. Or questi, comunque avesse compreso il dritto, o piuttosto il dovere dell'esame che avevamo intrapreso, ha creduto che era un poco ingiusto. Abbiain debito di rispondere a questo onorevole giureconsulto, e per rispetto di lui stesso, e nell'interesse del vero.

Incaricato dallo stesso Toullier di continuare la sua opera, il Duvergier ha dovuto risentirsi più d'ogni altro della surriferita nota, alla quale era più d'ogni altro in grado di rispondere. Di fatti in un reso-conto che il continuatore ha dato del nostro libro (conto senza dubbio troppo indulgentemente renduto, poichè, distinguendo tre classi di scrittori, ha messo noi nella prima, accanto a coloro che hanno forza ed ingegno, che offrono una vera scientifica importanza, e de' quali il solo nome *forma autorità*) si legge il seguente paragrafo:

« Il Marcadé mettesi sovente in opposizione con Toullier; e, a mio parere, non gli rende completamente giustizia. Egli pretende che se il medesimo è da ammirarsi nel trattato delle obbligazioni, sia poi veramente debole ed incompiuto in quello che scrisse sulle persone. Non comprendo affatto come uno che l'abbia letto si esprima in tal guisa; non fosse altro che per lo stile, che tanto bene ci ricorda quello de' nostri grandi autori, l'intera opera meriterebbe l'epiteto dato ad una sola parte. (*Gazzetta de' Tribunali*, 19 ottobre 1844). »

Dal canto nostro, dobbiam confessarlo, non comprendiamo una simile risposta; e vi scorgiamo meno una difesa, che una indiretta dichiarazione dell'esattezza del giudizio che abbiamo stimato di dover portare. Imperciocchè non è lo stile, è l'insieme dei pensieri che fa la forza o la debolezza, la ricchezza o la povertà di un trattato di diritto; non per lo stile, ma pel pensiero, grandi sono reputati gli autori; e, supponendo che il contrario possa aver luogo in letteratura (la quale non è certo nostra opinione, poi-

chè in questa ancora la potenza e la giustezza del pensiero traggono seco la graudezza e la bellezza dell'espressione), nelle scienze ciò sarebbe al tutto impossibile... E non è forse perchè il Duvergier ha sentito come noi la insufficienza de' primi volumi del suo illustre predecessore, che trovò necessario di darne nel 1847 una novella edizione, che, secondo lo stesso suo titolo, è da lui continuata e completata col mezzo di note, che debbono correggerne gli errori, e colmarne le lacune?... Il pubblico giudicherà se questo scopo sia stato raggiunto. Ma checchè ne sia, non si verrà più a rimprocciarne di aver profanata l'arca santa ora che lo stesso onorevole mandatario di Toullier ha creduto dover mettere la mano sull'opera che pareva proibito di toccare.

Per mala fortuna non è questo tutto quello che avevamo a dire; e ci resta a fare in questo luogo una confessione, che oggi ci costa poco, imperciocchè di già altrove la rendemmo di pubblica ragione (*Rivista di legislazione*, t. I del 1848, p. 283).

Sulle prime avremmo voluto risparmiarci una tal confessione; ma di poi ci siamo persuasi, che il primo dovere di uno scrittore è di far nota a tutti la verità che crede aver trovata, e che l'uomo coscienzioso deve sempre seguire la bella ed antica massima — *fa ciò che devi, ne avvenga quel che può*. Abbiamo dunque osato dire, e qui lo ripetiamo, che anche nel suo trattato delle obbligazioni, sì vantato e sì celebre, Toullier non sia tanto ammirabile, quanto pare che generalmente si creda, e si era da noi stessi creduto sino a che ci limitammo a leggere soltanto, invece di meditare questa parte del suo lavoro. Quindi a misura che più attentamente abbiamo dovuto studiarlo per la compilazione del nostro commentario siamo rimasti sorpresi e dispiaciuti d'incontrarvi tante e sì profonde inesattezze.

In verità, molta scienza, alti concepimenti, larghe vedute si rinvencono nel detto trattato delle obbligazioni, e noi ci reputiamo fortunati di poter dire che Toullier non fu soltanto uomo dotto e d'ingegno, ma ancora un uomo di genio. Però in quanto al metodo, alla drittura del giudizio, all'esattezza de' principj, ne manca altrettanto quanto in quello di Duranton. Sicchè, dovendo scegliere fra il piano incredibilmente vizioso de' redattori del codice ed il piano perfettamente logico di Pothier, Toullier cieca-

mente segue il primo, senza fare osservazione alcuna che tendesse a chiarire qualcuna delle molte false idee che presenta il testo (*V. le nostre osservazioni preliminari sul titolo delle donazioni*, t. IV). Così pure, non avendo compresa la tanto essenziale distinzione delle obbligazioni propriamente nulle, cioè inesistenti, e delle obbligazioni semplicemente annullabili, egli intorno a ciò successivamente presenta nel suo volume VI, tre dottrine contraddittorie fra loro, e delle quali neppure una è esatta (*V. t. IV, le osservazioni che precedono il nostro articolo 1304*).

Per far comprendere sino a qual punto tali inesattezze sono moltiplicate basterà di

ricordare che Bonnier, avendo dovuto far notare nel suo *Trattato delle pruove* gli errori di principi commessi da Toullier nel solo capitolo della pruova delle obbligazioni, ne ha segnato sì gran numero, che ha stimato necessario di scrivere una nota (p. 535) per iscusarsi di confutarlo tanto spesso, e protestare contro ogni sospetto di volerlo denigrare!... Certamente neppure noi per ispirito di denigrazione consigliamo ai giovani iniziati nella scienza di non aprire il libro di Toullier, se non con molta precauzione, ed affermiamo che possono leggerlo senza pericolo soltanto coloro che sono abbastanza forti per distinguere dal vero il falso, che vi si trova sì di frequente mescolato.



INTRODUZIONE

NOZIONI PRELIMINARI

SUL DIRITTO E LE LEGGI IN GENERALE, E SUL DIRITTO FRANCESE IN PARTICOLARE.

CAPITOLO PRIMO

DEL DIRITTO E DELLE LEGGI IN GENERALE.

SOMMARIO

- I. Definizione del diritto: — È un'arte e non una scienza.
- II. Due significati della parola diritto.
- III. Divisione del diritto in naturale e positivo, giusta la sua origine. — Il diritto naturale e divino. — Il diritto positivo è divino o umano. — A sua parte del diritto naturale si dà il nome di diritto della giustizia. — Distinzione della morale e del diritto propriamente detto. — Teoria insegnata da Giustiniano.
- IV. Suddivisione del diritto propriamente detto in diritto scritto e diritto non scritto. — Errori di Giustiniano. — Giurisprudenza.
- V. Divisione del diritto, secondo il suo oggetto, in internazionale, pubblico e privato.
- VI. Le leggi sono imperative proibitive, o facoltative. — Bifida divisione abbrevia le leggi penali.

I. — Chiamasi *diritto* l'insieme, o meglio il risultamento generale delle disposizioni delle leggi alle quali l'uomo si trova sottoposto.

Or queste leggi sono regole di condotta stabilite da un'autorità competente; per modo che tutto ciò che è conforme alla legge è bene, mentre quello che se ne allontana è male. Dunque, quando si considera il diritto siccome oggetto di studio, deve definirsi: *l'arte di distinguere il giusto dall'ingiusto, di scernere il bene dal male.*

Diciamo che il diritto considerato come oggetto di studio è un'arte, e non una scienza. In fatti chiamasi *scienza* l'unione e la serie delle verità riguardanti la stessa materia. Tali sono la *teodicea*, che indica gli attributi di Dio e i rapporti dell'uomo con lui; la *storia*, che con i suoi due accessori, la *cronologia* e la *geografia*, presenta il quadro degli avveni-

menti passati con le loro circostanze di tempo e di luogo; la *fisica* e la *chimica*, che fanno conoscere le proprietà che hanno le sostanze materiali, considerandole, la prima nella loro azione esterna, la seconda nella loro medesima composizione; la *geologia*, l'*anatomia*, la *psicologia*, ec.

Per l'opposto, l'*arte* è l'unione ed il sistema delle regole e de' precetti che conducono ad un determinato fine. Tali sono la *logica*, che dà le regole da scoprire la verità col raziocinio; la *rettorica*, che indica i mezzi di persuadere e convincere con la parola; la *scrittura*, la *pittura*, la *musica*, ec. (1).

Ma il diritto non ha per oggetto d'insegnar delle verità: il suo studio non procura al nostro spirito alcuna scoperta in qualsiasi parte della natura, o materiale, o spirituale; esso non è dunque una scienza. Il diritto dà talune regole, presenta alcuni precetti che debbono menar l'uomo ad uno scopo, che è la pratica del bene; ed in conseguenza è un'arte.

Epperò con ragione la legge romana diceva: *Jus est ars boni et aequi.* (Dig., lib. 1, l. 1, pr.).

II. — Taluni han creduto trovare un altro significato della parola *diritto* nelle espressioni *far dritto ad una dimanda*, *prima di far dritto*. Questo è un errore. *Far dritto* è un gallicismo, nel quale la parola *dritto* conserva il proprio significato, ora da noi indicato; *far dritto* è sinonimo di applicare il *diritto*, come a Roma *jus dicere* significava indicare i punti del *dritto*, precisare le disposizioni di legge, che sono applicabili in una contestazione.

È chiaro ancora che la parola *dritto* non si adopera in significato diverso da quello di so-

« plicare le leggi. » Un oggetto di studio è o un'arte o una scienza, ma non è simultaneamente l'una e l'altra.

(1) Ben si veda come sia poco esatto il dire secondo il sig. Demente (Progr., t. I, n. 1): « Il diritto, considerato come scienza, è l'arte di conoscere o di applicare le leggi. »

Marcadé T. I.

pra cennato, quando, considerandosi il dritto non più nel suo insieme, ma nelle sue parti, sia in quanto alla sua origine, sia in quanto al suo oggetto, sia sotto qualunque altro rapporto, parlasi di *dritto naturale*, di *dritto romano*, di *dritto commerciale*, ec. Il *dritto naturale*, romano, commerciale, è sempre il risultato delle leggi, naturali, romane, commerciali, ec. La parola *dritto* è sempre qui adoperata nel suo proprio significato, e sarebbe stato inutile intrattenersi su queste osservazioni, se gravi autori non avessero scritto il contrario.

Fin qui adunque non abbiamo che una sola significazione della parola *dritto*; ma ve n'è una seconda, che deriva dalla prima per una figura di parole.

Applicando all'effetto il nome della causa, si adopera la parola *dritto* per esprimere un beneficio, una facoltà che procura il dritto. Così dicesi: l'uomo ha sempre il *dritto* di difendere la sua vita; niuno ha il *dritto* di ucciderli; io ho su quell'immobile un *dritto* di ipoteca; i Romani riconoscevano nel capo di famiglia il *dritto* di vita e di morte sopra i suoi figli, non altrimenti che su' propri schiavi.... *Dritto* è qui adoperato per indicare non precisamente il risultato generale delle leggi, ma una particolare e più remota conseguenza di questo risultato, un effetto di cui è causa il dritto. Questo dunque è veramente un secondo significato diverso dal primo.

Vediamo ora come dividesi il dritto, e sotto il rapporto della sua origine, e sotto quello del suo oggetto.

III. — Sotto il rapporto della sua origine il dritto in prima dividesi in *diritto naturale* e *diritto positivo*.

Il *dritto naturale* è il risultato delle leggi naturali, cioè di quelle che il Creatore ha imposto alla nostra natura, e scolpito in fondo di tutti i cuori. Siccome queste leggi vengono direttamente da Dio, autore della nostra natura, così il *dritto naturale* chiamasi *dritto divino*.

Il *dritto positivo* risulta da leggi non impresse nella nostra natura, ma poste fuori di noi, e che ci vengono per via esteriore. Esso è o divino o umano.

Il *dritto divino positivo* è il risultamento delle leggi che Dio ci ha manifestato per la

straordinaria rivelazione fatta agli uomini (1). Il *dritto positivo umano* è quello che risulta da leggi fatte o sancite dall'umana autorità.

Diciamo fatte o sancite; imperocchè fra le leggi fatte dall'uomo hannovi di quelle che sono la riproduzione e la sanzione delle preesistenti leggi naturali. Tali sono la maggior parte delle leggi che vietano i vizi misfatti o delittuosi; tali sono eziandio nel codice civile le disposizioni dell'art. 371 [287], che proclama il dovere del figlio di rispettare in qualunque età il padre e la madre (2); dell'art. 203 [193], che impone al padre ed alla madre l'obbligo di allevare, nutrire, nonché educare i figli (3); dell'art. 212 [201], che sancisce l'obbligo per gli sposi di promettersi e mantenere scambievolmente fedeltà, soccorso ed assistenza; e di molti altri articoli.

I precetti che compongono tutto il *dritto divino*, cioè tanto quelli di *dritto naturale*, che quei della parte del *dritto positivo* che procedono da Dio per mezzo della rivelazione, formano ciò che si appella *morale*.

Questa duplice sorgente della morale ne spiega la divisione che talvolta di essa si fa in due parti. La parte che deriva dagli insegnamenti interni della nostra natura addimandasi *morale naturale*; quella che risulta dalla rivelazione prende il nome di *morale evangelica*.

La morale abbraccia i nostri doveri verso Dio, verso noi stessi, e in parte soltanto quei verso i nostri simili. Dico in parte, poichè un gran numero di questi ultimi doveri sono regolati dal *dritto positivo umano*.

La parte del *dritto naturale* che tratta dei doveri verso i nostri simili, è stata detta *diritto delle genti*. Ma non bisogna confondere questa parte del *diritto col diritto internazionale*, del quale più innanzi favelleremo, e che si è pure detto *dritto delle genti*, ma impropriamente.

Altresì sarebbe inesattissimo il dare, come fa Giustiniano nelle *Instituta*, lib. 1, tit. 2, il nome di *dritto naturale* alle leggi comuni agli uomini ed agli altri animali. L'idea di *diritto* suppone l'insieme di principi in conformità o in opposizione de' quali può compiersi un atto; non si possono comprendere nella parola *diritto* che quelle leggi le quali sono

(1) Tutto ciò che ha rapporto a questa idea è spiegato e dimostrato ne' nostri *Studi di scienza religiosa* (Stud. 3^a e 6^a).

(2) Notiamo sin da questo momento una varietà di redazione tra il citato articolo francese, e quello delle nostre leggi che vi corrisponde: il primo è così concepito: « Il figlio, in qualunque età, deve onore e rispetto al padre ed alla madre sua. » — Ed il secondo: « Il figlio deve onore e rispettare i genitori, qualunque sia la sua età ed il posto che occupi nella società. » [Nota del traduttore.]

(3) L'articolo nostro, citato come corrispondente a quello francese, oltre all'obbligo suddetto imposto ai genitori, lo estende agli altri ascendenti del lato paterno, sussidiariamente a quelli dichiara tenuta la madre: ecco le parole che sul proposito si leggono aggiunte nella redazione dell'articolo nostro a quelle della redazione francese: « Però il padre è tenuto in primo luogo, quindi l'avo o proavo paterno, ed in sussidio la madre. » Ritorneremo a proprio luogo sulle modifiche additate in questa e nella nota precedente. [Nota del traduttore.]

capaci così di violazione come di esecuzione; in guisa che questa parola non può comprendere che leggi fatte per un essere intelligente e libero. Or questa preziosa prerogativa della libertà, questa sublime facoltà di ragionare e liberamente operare, è privilegio esclusivo dell'uomo. Non vi ha dunque diritto che per l'uomo: il diritto naturale è l'insieme de' precetti che la natura prescrive all'uomo; e però questo comprende il diritto delle genti, il quale si distingue dal primo come la parte dal suo tutto.

Che se per giustificare la teorica di Giustiniano si dicesse che ha voluto presentare la classificazione di tutte le leggi, essa sarebbe non meno erronea sotto un altro aspetto. In verità gli animali non sono i soli esseri sottoposti a leggi che ciecamente eseguono. Si conformano anche alle leggi stabilite dalla Suprema Intelligenza gli alberi, le piante, e i vegetabili tutti nello svilupparsi; nel crescere, nel riprodursi e morire; secondo queste leggi gli astri si muovono nello spazio; il freddo, il caldo, la pioggia, il vento, il fulmine presentano quei fenomeni de' quali l'uomo sapere non ha finora spiegato che piccola parte. Ogni cosa creata ha proprio leggi, non solo nel mondo fisico, ma sì bene nel mondo morale e spirituale. Sotto questo secondo rapporto dunque peccerebbe di restrizione la dottrina di Giustiniano, come sotto il primo pecca di estensione.

Quest'ultima idea è da ritenersi; le *Instituta* peccano per estensione. Del diritto Giustiniano voleva e doveva parlare: ora le leggi relative all'uomo, e capaci di essere dal medesimo violate, sono le sole che sotto questa parola si debbono comprendere; non vi si debbono affatto includere quelle che per necessità di natura si seguono, anche quando esse abbiano l'uomo per soggetto, come sono le leggi della gravidanza, del fisico ed intellettuale svolgimento delle malattie, della morte, ec.

Il diritto delle genti dunque fa parte del diritto naturale, con questo si confonde, e lo stesso Giustiniano lo annunzia in molti luoghi, i quali contraddicono alla sua prima idea. In fra le altre citeremo queste parole del lib. 2, t. 1, 41. *recte dicitur IURE GENTIUM, id est IURE NATURALI, id est effeci*. Qui si vede Giustiniano insegnar che il diritto naturale e delle genti son sinonimi.

Sicchè, come in principio dicevamo, il diritto, preso nel suo più ampio senso, è il risultamento delle disposizioni, de' precetti capaci di essere violati dall'uomo, e si divide in

due branche: 1.^a il dritto divino, che altresì chiamasi morale, e che abbraccia tutto il dritto naturale, ed una parte del dritto positivo; 2.^a il dritto umano, che forma la seconda parte del dritto positivo.

Ma nell'uso la parola dritto, quando sola si adopera, si prende in un senso più ristretto, e significa solamente per opposizione alla morale quella parte del dritto che abbiamo chiamata dritto positivo umano. Questo dritto positivo umano, o semplicemente il *dritto*, è quello che nelle scuole si studia; esso forma l'oggetto di quel che dicesi *corso di dritto*; è infine il solo che si applica ne' tribunali; in guisa che un principio di morale non può essere base di una sentenza, se non in quanto sia formalmente adottato, o tacitamente consacrato dal legislatore (V. in seguito, art. 4, n. 1 e 2).

Il dritto, inteso in questo senso, e considerato sotto il solo punto di vista che qui deve occuparci, viene dal Zacchariae (t. 1, p. 1) definito: « l'insieme delle leggi, alla osservanza delle quali è permesso di astringere l'uomo con coercizione esterna o fisica. » Questa definizione è inesatta. L'obbligo di fedeltà e di assistenza che un coniuge ha verso dell'altro (art. 212, cod. civ.) [201], l'impegno del pittore che ha promesso di fare il vostro ritratto, e la maggior parte delle obbligazioni, che consistono nel fare o nel non fare una cosa (art. 1142) [1096], non sono di natura tale che si possa astringere al loro adempimento con coercizione esterna o fisica; ed intanto esse appartengono al dritto. La più semplice e la più vera definizione sta dunque nel dire, come è detto nel principio di questo n. III, che il dritto, *proprio sensu*, è il generale risultato delle leggi imposte dall'autorità umana.

IV. — Il dritto, preso nel senso ristretto già indicato, e continuandolo a considerare sotto il rapporto della sua origine, si suddivide in *dritto scritto*, val dire che è stato promulgato, e che ha un determinato autore, e in *dritto non scritto* o *consuetudinario*, stabilito dall'uso de' popoli, o solo dal tacito consentimento del legislatore.

Basta esaminare solamente il modo come il dritto abbia tratto la sua origine per distinguere il dritto scritto dal dritto non scritto, e sebbene il primo non sia mai stato messo in iscritto, pur nulladimeno meriterà sempre il nome di *dritto scritto*; mentre il secondo, avvegnachè sia stato forse ridotto in iscritto, affin di comprovarlo, pure avrebbe sempre la qualità di *dritto non scritto* o *consuetudinario* (1).

mandia risale ad epoca remotissima, circa la quale non si è di accordo; la rivelazione ed una nuova compilazione delle medesime ebbe parimenti luogo sotto Enrico III nel 1583.

(1) Così per la prima volta furono nel 1510 ridotte in iscritto le consuetudini di Parigi, in vigore di lettere patenti rilasciate da Luigi XII a Blois, poi riformate nel 1580 in vigore di quelle emanate da Enrico III. — La prima compilazione delle consuetudini di Nor-

In una parola, le espressioni dritto scritto e dritto non scritto, significano dritto promulgato, dritto non promulgato.

Giustiniano cadde adunque in grave errore nellesue *Instituta*, lib. 1, t. 2. 10, quando, dopo aver detto che il dritto *constat ex scripto aut ex non scripto*, aggiunge che questa divisione deve la sua origine alle istituzioni di Atene e di Sparta, atteso che in Atene le leggi affidavansi alla memoria, mentre appo i Lacedemoni aveasi cura di stenderle in iscritto.

Il dritto, preso nel significato ristretto e particolare, che sempre da ora innanzi gli daremo, si confonde con la *giurisprudenza*. Per esprimere una stessa idea si dice: studiare il dritto, studiare la *giurisprudenza*; opera di diritto, opera di *giurisprudenza*.

Ma *giurisprudenza* presenta un altro significato ben differente e che offre il vero significato che ha in Francia questa parola. Significa l'*abitudine presa da' tribunali d'interpretare ed applicare la legge nel tale senso piuttosto che nel tale altro*; o pure il risultato di questa abitudine, cioè l'*uniformità di molte decisioni successive sopra consimili quistioni*. Così direbbesi: « La *giurisprudenza* della corte di Rouen sulla tal quistione è contraria a quella della corte di Bordeaux; la corte di cassazione non ha ben giudicato su questo punto di *giurisprudenza*; per diventare buon giureconsulto allo studio de' testi è uopo agguignere quello degli autori e della *giurisprudenza*. »

La collezione de' diversi arresti e sentenze rendute dalle corti e da' tribunali chiamasi *raccolta di giurisprudenza*.

In Roma la parola *jurisprudencia* aveva un significato diverso dai due che appo noi presenta la *giurisprudenza*. Significava, come il dice la sua etimologia medesima, *prudencia juris*, l'acquistata conoscenza del diritto, la scienza delle leggi.

V. — Sotto il rapporto del suo oggetto il dritto si divide in *internazionale*, *pubblico* o *politico*, e *privato*.

Il *diritto internazionale* è quello che stabilisce e determina i rapporti tra nazione e nazione. Risulta da' trattati di pace, di alleanza, di commercio, ec. Dicemmo che sovente a siffatta parte del dritto impropriamente si è imposto il nome di dritto delle genti. Egli è vero che questo dritto delle genti è la parte del dritto naturale che fissa i nostri doveri verso tutti gli uomini, a qualsivoglia paese si appartengano, ma sempre però come uomini privati. Per contrario il dritto internazionale stabilisce i rapporti de' popoli come corpi di nazione.

Il *diritto pubblico* o *diritto politico* regola i

rapporti tra un governo ed i suoi governati; determina la divisione de' poteri, la forma dell'amministrazione, i mezzi di assicurare la polizia e la sicurezza de' cittadini.

Finalmente il *diritto privato* comprende la legge che regolano i rapporti di particolare a particolare.

VI. — Come innanzi dicemmo, le leggi sono le norme di condotta alle quali siamo obbligati di obbedire. Ma per imporre all'uomo, di sua natura essere libero, regole obbligatorie, è mestieri avere su di lui un'autorità che in principio non può che a Dio appartenersi. Un comando dato all'uomo, una qualunque regola a lui prescritta, non merita il nome di *legge*, se non quando emana, sia immediatamente da Dio, come quella della morale, sia dall'umano potere legittimamente costituito, perchè allora anche da Dio esse derivano, imperocchè *non est potestas nisi a Deo* (1).

Quando sono in una di queste due condizioni le leggi obbligano a fare quello che esse comandano, o ad astenersi da quello che proibiscono. In quanto a ciò che essenzialmente permettono egli è chiaro che si può eseguire o non eseguire.

Difatti le leggi si dividono, 1° in *imperative*; 2° in *proibitive*; 3° in *facoltative* o *permissive*.

In quanto alla quarta classe, che alle tre prime suolsi ordinariamente aggiungere, quella cioè delle leggi penali, non è affatto distinta dalle tre mentovate.

Di vero il ragionamento fa intendere *a priori*, che dopo le suddette tre classi, ne è impossibile una quarta; perciocchè la legge, essendo *regola di condotta*, non può avere altro oggetto, che comandare, vietare, o permettere. Il punire, in qualunque guisa ed in qualsivoglia circostanza — per esempio, togliere la vita ad un colpevole, o imprigionarlo, punirlo di un'amenda, o annullare un atto, ec. — il punire è compiere un fatto, non già additare una regola di condotta; dunque il punire non può essere l'oggetto immediato di una legge.

La legge penale non è altro che il comando dato a' funzionari del potere giudiziario di pronunziare, ed a' quelli del potere esecutivo d' infliggere la tal pena, quando è legalmente provata la tale violazione della legge: ma se essa è un comando, è dunque una legge imperativa.

Senza dubbio le leggi penali possono essere distinte dalle altre; ma riguardandole sotto un rapporto ben differente da quello che sorge dalla triplice divisione di cui ora ci occupiamo. In questo caso si distinguono, come distinguonsi le leggi commerciali, le leg-

(1) V. gli Sudd 3° e 12° delle nostre *Scienze religiose*.

gi forestali, le leggi ipotecarie, ec. La divisione si fa allora sotto il rapporto del *fine* che la legge si propone di conseguire, e non già sotto il rapporto del *modo* giusta il quale essa procede.

Del resto le leggi penali hanno questo di singolare, cioè che sono la sanzione delle altre leggi; ma pur nullamente sono vere leggi imperative, e quando vogliansi separatamente indicare, e formarne una classe distinta dalle altre, non bisogna farlo dopo avere enumerato le tre classi, delle quali la prima necessariamente le comprende.

Vi è dunque difetto di metodo, di esattezza in questo testo, del quale Toulhier (I, n. 82 e seg.) e Duranton (I, n. 32 e 33) hanno avuto torto di riprodurre l'idea: *Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire*. — *Imperare* abbraccia *punire*; imperocchè la legge non punisce nè infligge affatto la pena, ma *comanda* d'infliggerla. Evvi in ciò un errore di logica del genere di quello che si commetterebbe dicendosi: Bisogna distinguere tre grandi classi di esseri: 1° gli esseri animati; 2° gli esseri inanimati; 3° gli uomini. — È chiaro che gli uomini son compresi tra gli esseri animati. Il Demolombe nel suo corso di *codice civile* riconosce la giustezza della nostra osservazione; e sebbene ne svolga l'idea in modo poco soddisfacente, nondimeno formalmente insegna (I, I, n. 15,) che le leggi penali non potrebbero formare una quarta classe di leggi.

CAPITOLO SECONDO

DEL DIRITTO FRANCESE.

SOMMARIO.

- VII. Diritto antico. — Diritto intermedio. — Diritto nuovo.
 VIII. Diritto antico, fino al 1789. — Due fasi di questo diritto. — La prima è l'uso ed l'altro potes produrre una legislazione uniforme. — Paesi di diritto scritto; paesi consuetudinari.
 IX. Diritto intermedio, dal 1789 al 1804. — Unione temporanea di molte leggi nuove cogli esseri del diritto antico.
 X. Diritto nuovo, dopo il 1804. — Codice civile ordinato dopo dodici anni dall'assemblea costituente. — Il lavoro della sua compilazione dura un anno.
 XI. Diritto antico il diritto privato, il diritto pubblico ed il diritto internazionale da' francesi. — Quest'opera non ha per oggetto che il diritto civile propriamente detto.
 XII. Osservazioni sulla parola *diritto civile*, *codice civile*, *leggi civili*. — Diverse edizioni del codice.

VII. — In Francia facciamo distinzione fra il diritto antico, il diritto intermedio, e il diritto nuovo.

Il diritto antico comprende le leggi che regolavano il nostro paese sino alla dichiarazione dell'assemblea costituente del 17 giugno 1789.

Le leggi che seguirono siffatta dichiarazione, e che si pubblicarono a partire da giugno 1789 sino alla promulgazione del codi-

ce civile, talmente modificarono il diritto antico, senza abrogarlo interamente, che si riguardano come formanti un dritto a parte, che chiamasi diritto intermedio.

Finalmente questo diritto intermedio, come anche il diritto antico, furono abrogati, almeno come regola generale, e salvo alcune eccezioni, dalla legge del 21 marzo 1804 (30 ventoso anno XII), epoca nella quale comincia il diritto attuale.

VIII. — Prima della rivoluzione, la quale sullo scorcio del passato secolo ne apportò tanti e così gravi mutamenti, il regno di Francia, composto di diverse province che formavano quasi tante distinte nazioni, non offriva nè poteva offrire quella uniformità di legislazione che oggidì vi si ammira.

Si distinguevano allora due fonti di diritto: l'autorità del principe e la consuetudine. Ora nè l'una nè l'altra poteva produrre l'unità di legislazione.

Le leggi dal re promulgate sotto il nome di ordinanze, di editti, di lettere patenti, erano in sè stesse obbligatorie in tutto il regno; ma la loro esecuzione nella giurisdizione di ciascun parlamento dipendendo dalla loro registrazione: e i parlamenti ricusando talvolta di registrarle; ne seguiva che molte leggi reali, applicate in alcuni paesi, non lo erano in altri, i quali alla loro volta avevano potuto accogliere quelle rigettate da' primi. Dunque sotto questo primo rapporto non eravi uniformità.

D'altra parte nelle consuetudini si trovava il compimento, o meglio la precipua parte della legislazione, di cui le leggi emanate dal principe non formavano che una piccola frazione; ed in quelle la mancanza di uniformità si faceva vie più notare.

Le consuetudini si distinguevano in *generali* ed in *locali*. Le prime, nel numero di circa sessanta, erano quelle seguite da tutta una provincia, o dalla maggior parte di essa: chiamavansi *locali* quelle seguite da un solo luogo, da una città, da un borgo, e talora da un solo villaggio. Le consuetudini locali di qualche rilievo sorpassavano il numero di trecento.

In talune province il diritto romano teneva luogo di consuetudine generale; altre avevano una consuetudine generale loro propria: ma i casi da questa non previsti risolvevansi secondo il diritto romano. Le une e le altre si chiamavano *paesi di dritto scritto*.

Paesi consuetudinari chiamavansi poi quelli in cui il diritto romano, senza aver vigore di legge, era riguardato come la ragione scritta, non altrimenti che si fa anche oggi.

IX. — Certamente non vi bisognava meno di un commovimento così forte come quello del 1789 per rendere possibile la riforma che richiedeva la nostra antica legislazione francese. I mutamenti che in quell'epoca subì la

politica organizzazione del paese avendo tolto gli ostacoli che fino allora si erano opposti all'uniformità di questa legislazione, l'assemblea costituente dispose che si sarebbe fatto un corpo di leggi civili comuni a tutto il reame (Costituzione del 3 settembre 1791). Ma prima di effettuarsi questo progetto fecesi dalle varie assemblee legislative un gran numero di leggi, le quali gravi cangiamenti arrecarono alle leggi regie, al diritto romano, ed alle consuetudini. Sono queste le leggi che, con la parte del diritto antico al quale non avevano derogato, formano il *diritto intermedio*.

X. — Dodici anni erano già scorsi dal giorno in che l'assemblea costituente avea disposto la compilazione di un corpo di leggi civili, quando dal 5 marzo 1803 al 20 marzo 1804 (dal 14 ventoso anno XI al 29 ventoso anno XII) fu finalmente decretata una serie di leggi, la cui riunione, sotto il titolo di *codice civile de' Francesi*, fu ordinata con la legge del 21 dello stesso mese di marzo 1804 (30 ventoso anno XII).

Non torna inutile conoscere per quali lavori si pervenne alla redazione di siffatte leggi.

Dall'anno 1800 erano stati pubblicati molti progetti di codice civile. Nel 12 agosto del medesimo anno una risoluzione de' consoli deputò i cittadini *Tronchet*, *Portalis*, *Bigot de Preameneu* e *Maleville*, per esaminare questi vari progetti, e di tutti formarne un solo. Quello che essi compilarono fu stampato in gennaio 1801, e mandato al tribunale di cassazione ed a' tribunali di appello (oggi corte di cassazione e corte d'appello), i quali l'esaminarono e vi fecero le loro osservazioni. Sette mesi dopo, cioè nel mese di luglio, ne cominciò la discussione nel consiglio di stato. Ecco il modo tenuto per la stessa:

Ciascun progetto di legge di cui si componeva l'opera de' quattro surriferiti giureconsulti dapprima era esaminato dalla sezione di legislazione, e poi distribuito a tutti i consiglieri, che lo discutevano in assemblea generale. Approvato il progetto, era officiosamente

comunicato al tribunato, che alla sua volta lo discuteva e vi aggiungeva le sue osservazioni. Le modificazioni provocate dalle osservazioni del tribunato prima erano esaminate dalla sezione di legislazione, come lo era stato lo stesso progetto, indi dall'intero consiglio di stato.

Dopo questi svariati lavori fu definitivamente stabilita la redazione di ciascun progetto di legge destinato a comporre il codice. In seguito furono tutti successivamente proposti dal governo, votati dal tribunato dopo ufficiale esibizione, poi decretati dal corpo legislativo, come veniva disposto dalla costituzione del 13 dicembre 1799 (23 frimaio anno VIII). L'ultimo de' progetti di legge decretati, quello sulle *transazioni*, lo fu il 20 marzo 1804, e nel domani 21 fu pubblicata la legge di cui innanzi favellammo, che dispose:

1° La riunione di tutte le leggi decretate in un sol corpo sotto il titolo di *codice civile de' Francesi*, nell'ordine col quale si trovano nel codice, che è un poco diverso da quello in cui erano state decretate;

2° La divisione di esso codice in un *titolo preliminare* e in *tre libri*, ciascuno de' quali sarebbe diviso in tanti *titoli* per quante leggi comprenderebbe;

3° Finalmente una sola serie di numeri per tutti gli articoli del codice.

Del resto la stessa legge dichiara che questa nuova operazione non impedisca che ciascuna delle leggi riunite per formare il codice restasse esecutoria dal dì della sua particolare promulgazione. Infine pronunzia l'abrogazione delle leggi romane, delle ordinanze e delle consuetudini.

Così dunque a cominciare dal 21 marzo 1804 la Francia ebbe finalmente un corpo di leggi uniformi, veramente nazionale, il quale, malgrado le oscurità, le lacune e i vizii di redazione, e talvolta anche quelli delle disposizioni che vi si rinvenivano, sarà sempre riguardato, e con ragione, come una delle più belle opere uscite dalla mano degli uomini (1).

XI. — Del rimanente tutto il nostro attuale

(1) A guisa di complimento intorno a quanto dell'autore si è detto della storia del diritto francese, e della pubblicazione del codice civile, che ora ne forma la legge scritta, non ci ediamo inopportuno dare un brevisimo cenno delle leggi che regolavano il nostro paese insino alla pubblicazione de' codici vigenti.

Il nostro diritto patrio, succeduto al diritto romano, all'epoca delle invasioni de' barbari si compose di elementi svariati, per quali svariati furono i dominatori che queste regioni occuparono.

Anche il diritto nostro, come il diritto francese, sino al 1809 si divideva in *scritto* e *consuetudinario*. Il primo si componeva del *codice teodosiano*, solo in vigore nell'Italia tosta sino a che gli succedè il *corpo del diritto compilato da Giustiniano*, il quale tenne luogo ancora delle leggi longobarde, che lo avevano preceduto.

Ma non a' aggiunsero le *costituzioni*, i *capitolari*, i *riti della gran corte della vicaria*, le *prammatiche*, i *privilegi*, *capitolari a grazie*, e finalmente i *reali disposti*.

Componevansi il *diritto consuetudinario de' riti ed arresti della R. camera della sommaria*, e delle *consuetudini generali di tutto il regno*, e locali di varie sue parti.

Delle leggi longobarde, emanate da' re della nazione cui appartenevano, e di cui taluni furono pure re d'Italia, si ha ora raccolta per mano d'incerto autore, in un antico codice rinvenuto negli archivi del beadedilini di Cava; nonchè altra confusa collezione divisa in tre libri, molto più comune della prima. Ai romani però fu concesso da' longobardi di vivere con le leggi proprie, mentre quella di costoro nel doppio regolavano tutta l'Italia. Alla d'cesa di Carlo Magno

drillo privato non trovasi nel solo nostro codice civile. Esso è scritto 1° nel *codice civile* ed in molte leggi posteriori, che hanno completato o modificato alcune sue disposizioni;

2° nel *codice di commercio*, che regola i rapporti de' commercianti, solo come commercianti, sia fra loro, sia riguardo ai non commercianti; 3° infine nel *codice di procedura*

si aggiungono alle dette due legislazioni, principali regolatrici, quelle di tutti i popoli barbari che accompagnarono quel monarca; perchè gli stessi ritennero individualmente le proprie leggi. Dalla quale molteplicità ne nasce che nei giudizi e nelle contrattazioni dovevano le parti dichiarare con qual legge vivessero.

Congiuntamente alle leggi romane ebbero forza quelle emanate da' principi di Benevento, insino a che sotto la dominazione aragonese le sole prime restarono in vigore. Ciò per la parte continentale del regno; mentre la parte sì di là del Faro in tutto il detto periodo di tempo fu retta sempre dal diritto giustiniano.

Le leggi successivamente pubblicate da' principi normanni e avvisi che qui dominarono presero il nome di *costituzioni del regno*, e sono lavoro le prime leggi nazionali che abbiamo avute. Raccolte per ordine dell'imperatore Federico II dal celebre suo ministro Pietro delle Vigne, furono pubblicate l'anno 1231 ne' comizi di Melfi. Ad esse poscia successivamente vennero aggiunte altre leggi dello stesso Imperatore, che presero il nome di *novelle costituzioni*.

I *capitoli del regno*, o *capitolari*, si appartengono al Re angioini, ed eran così denominati perchè formati nell'assemblee nazionali. Pare che questa seconda raccolta di leggi nostre proprie sia stata eseguita, comunque senza ordine, da ignoto autore verso il 1440, vale a dire al finir della dominazione della dinastia medicea.

La Sicilia poi ebbe pure i suoi *capitoli* da' re aragonesi, che lungo tempo la governarono, oltre alle *costituzioni del regno*, che le erano comuni con la parte continentale.

I *riti della gran corte della vicaria*, riguardanti specialmente il procedimento giudiziario, compilati per ordine di Giovanni II d'Angiò verso il 1421, furono tratti dagli usi ricevuti, e da' capitoli precedentemente pubblicati. A buona ragione può dirsi che questa compilazione formava il nostro antico codice di procedura.

Prammatiche furono denominate le leggi de' re aragonesi non solo, ma tutte quelle emanate nel lungo periodo che questo regno restò sotto il governo dei vicari, che vi mantennero a vicenda la casa di Spagna e la casa d'Austria. Così pure denominaronsi le leggi pubblicate da re Carlo III di Borbone, a taluno dei figliuolo Ferdinando I.

Da re Alfonso I d'Aragona a re Carlo III di Borbone si ha una serie di concessioni fatte per lo più alla città di Napoli, e perciò denominate *privilegi*, *capitoli*, o *grazie della città di Napoli*. — Riguardavano i primi franchigie da talui dati, ed eccezioni alle leggi penali: — i secondi regolavano le annone, le assise, i pesi, e le misure, ed anche talvolta i balzelli: — le terze speciali concessioni a' baroni, indulti, e correzione di abusi degli agenti del governo.

Paron chiamati *reali dispacci* i rescritti di Carlo III e Ferdinando I di Borbone, diretti a regolare gli affari privati non solo, ma anche molte materie d'interesse generale. Di essi vi ha la raccolta ordinata dal Gatto in dieci volumi, sino al 1779, mentre gli altri posteriori sino al 1806 sono restati ignorati negli archivi.

Gli elementi di sopra reati come componenti il diritto consuetudinario, e che per l'uso ebbero forza di legge, vi ha una collezione de' *riti della regia camera*

della sommaria fatta da Andrea da Isernia, riguardanti i regolamenti per l'amministrazione e percezione delle rendite e dritti fiscali: — non che altra collezione di orrori dello stesso magistrato, fatta per ora di Donatissimo de Marinis verso la metà del secolo XVII, riguardanti la giurisdizione seguita intorno alle materie fiscali e comunali, o a' privilegi ed immunità personali.

Le *consuetudini generali* riguardavano taluni principi generalmente ricevuti in tutto il regno contro le disposizioni del diritto scritto, e che specialmente non occorre in questo luogo di enumerare.

Le *consuetudini particolari* regolavano poi ciascuna città, per cui specialmente erano raccolte, e non oltre del territorio della medesima si estendevano. Per la città capitale nel 1306 per ordine di Carlo II d'Angiò ne fu fatta una collezione, che, ordinata da Bartolomeo di Capua, fu dallo stesso sovrano pubblicata: si distinsero tra quelle delle altre città del regno le consuetudini di Sorrento, Aversa, Bari, Gaeta, Catanzaro, Monopoli ed Amalfi.

Non è da trasandarsi la parte che nel nostro diritto ebbero le leggi e *consuetudini feudali*, che presero il nome complessivo di *diritto feudale*. Le prime appartengono agli Imperatori Corrado I, Lotario II, Federico I, e Federico II, ed a re Ruggiero I; se ne leggono talune nelle nostre prammatiche costituzionali sotto il titolo di *feudis*, mentre le altre, non che le *consuetudini*, raccolte la prima volta da Gerardo Negro ed Oberio de' Orti, furono da Ugolino di Bologna aggiunte al corpo del diritto romano col titolo di *decima collezione*.

Questo diritto, atteso il sistema de' feudi che imperava nel regno nostro, ebbe vita insino al 2 agosto 1806, epoca in cui fu proclamata la legge *sovversiva della feudalità*: — e dopo di allora vi ha una serie lunga abbastanza di leggi secondarie e decreti, non che di istruzioni e ministeriali, regolatrici dello scioglimento della promiscuità, ordinato con la detta legge abolitiva dei feudi.

Si aggiunge a questa parte della nostra legislazione, come complemento, la giurisprudenza feudale della raccolta della decisioni pronunziata dalla commissione feudale, supremo tribunale istituito per decidere in tutte le cause originate dallo scioglimento de' feudi.

Ritornando a quanto concerne il nostro diritto ordinario in generale, ricordiamo spesso essersi tentato di rinnovare in un corpo solo tante leggi svariate, siccome la Francia erasi fatto. Il famoso Carlo Tappia sin dal principio del secolo XVII, imperando allora Filippo III, si provò nella compilazione di un codice, cui intendeva dare il nome di *Filippino*; ma lo stesso non ottenne la sanzione sovrana. Ripetuto il tentativo di pubblica autorità, non ebbe risultamento migliore. Nel 1742 una commissione di nove giuriconsulti presieduta dai principi di Sant'Andrea, e poscia dal principe di Centola, e che ebbe per segretario il celebre Giuseppe Cirillo, fu all'uopo nominata da Carlo III; ma l'opera, comunque eseguita, non arrivò ad ottenere l'approvazione del re. Essi nondimeno con la prammatica del 1738, *de ordine iudiciorum*, migliorò immensamente le disposizioni regolatrici de' procedimenti giuridici; riforma seguita poscia dal figliuolo Ferdinando I.

In occasione dell'occupazione militare de' Francesi

civile, che regola il modo di mettere in esercizio le facoltà che il privato diritto ne conferisce.

In quanto al nostro diritto pubblico, è scritto nella costituzione, nelle leggi amministrative, la cui collezione appellasi *diritto amministrativo*; e da ultimo il diritto criminale, che è egualmente una parte del diritto pubblico, nel codice d'istruzione criminale e nel codice penale.

È inutile il dire che il nostro diritto internazionale trovasi ne' trattati conclusi tra la Francia e le potenze straniere.

Il titolo della nostra opera dimostra abbastanza che ci siamo proposto di studiar con essa il diritto civile propriamente detto, e distinto dal diritto commerciale e dalla procedura, cioè quello che risulta dal codice civile, dalle leggi posteriori relative alle materie delle quali si occupa questo codice.

XII. — Diamo termine a questa introduzione con una osservazione che non è senza importanza: ed è che le parole *codice civile*, *diritto civile*, *leggi civili*, nel significato che l'uso loro ha dato presso noi, e che pure bisogna lasciar loro, sono singolarmente sviate dal loro senso logico, e presentano un'appellazione doppiamente viziosa.

DIRITTO CIVILE, *jus civile*, dovrebbe significare il diritto DE' CITTADINI, *jus civium*. Ora non i cittadini solamente godono presso noi di quello che chiamiamo diritto civile: le donne

nel 1806, mentre abdivasi la feudalità, come di sopra si è detto, intraprendevansi per cura del governo la pubblicazione della raccolta delle leggi e de' Decreti, che fu denominata *Bullettino delle leggi e dei decreti*, continuata insino a' tempi nostri col nome di *collezione delle leggi e decreti reali*. È questa una raccolta completa di tutti gli atti legislativi che da quell'epoca si sono succeduti presso di noi.

Intanto con decreti del 23 ottobre e 5 novembre 1808 gli invasori ordinarono che dal 1.º gennaio 1809 aver dovesse vigore presso di noi il codice Napoleonico, ossia il codice civile, rimanendo abolite da quel giorno le leggi romane, le costituzioni, i capitoli, le promissioni del reame, i reali disposti, e le consuetudini generali e locali, nelle materie che formavano oggetto delle disposizioni contenute nel codice civile.

Tale disposizione surrogò alle vecchie leggi il codice civile ed il codice di commercio; mentre due leggi, una del 20 maggio 1808 sulla giurisdizione criminale, ed altra del 22 dello stesso mese sulla giurisdizione correzionale, regolarono le rispettive corrispondenti parti del diritto insino alla pubblicazione del codice penale francese, avvenuta nel 1812.

Il regolamento il regolamento di procedura pe' giudizi civili e penali, anche del 20 marzo 1808, era stato surrogato in aprile 1809 dai codici di procedura francese, che in questo a' primi fu chiamato in osservanza.

Avvenuta la restaurazione della casa di Borbone nel 1815, molte leggi furono pubblicate da Ferdinando I sopra vari rami del governo; intanto fu data opera per adattare a' nostri costumi i codici francesi; ed all'opera le riforme additate da varie commissioni di magistrati furono discusse nel supremo consiglio di can-

del pari che gli uomini, i minori egualmente che i maggiori usano del diritto civile, sebbene le donne e i minori non siano cittadini. In Roma, ove *cittadino* significava ogni persona appartenente alla città romana, ogni individuo che faceva parte del popolo romano, giustamente il diritto civile era così nominato: questo era il diritto de' Romani.

Ma dal momento che si cessò di prendere la parola *cittadino*, *civis*, in questo ampio significato, che comprende tutta la nazione, si dovea cessare dal chiamare *jus civile* il diritto che appartiene all'intera nazione. Qui come altrove ci siamo lasciati condurre dall'uso, e le stesse parole sonosi conservate anche dopo il cangiamento delle cose.

Ma quando anche tutti i Francesi fossero cittadini, come erano tutti i Romani, quando anche la parola *cittadino* convenisse a tutti i membri della nazione, maschi o femmine, maggiori o minori, l'espressione di *codice civile*, o *diritto civile*, o *legge civile*, non sarebbe meno impropria anche per un'altra ragione. Difatti essa significherebbe allora il codice de' francesi, la legge de' francesi; ora il codice penale, il codice di commercio e gli altri, le nostre leggi amministrative, ec.; sono codici de' francesi, leggi de' francesi, nella medesima guisa e nello stesso grado che il codice al quale si è serbato il nome di *civile*.... Adunque tutto il complesso delle nostre leggi dovrebbe chiamarsi *diritto civile*,

cellerie, poter abolito, e quindi con legge del 26 marzo 1819 fu pubblicato pe' domini al di qua e al di là del Faro il codice per lo regno delle Due Sicilie, da aver vigore dal 1.º settembre di quell'anno, epoca dalla quale si dichiararono rimaste aboliti i codici francesi e le altre leggi pubblicate durante l'occupazione militare.

La legge medesima addì la ripartizione del nuovo codice in cinque parti, di cui denominò la prima *leggi civili* — la seconda *leggi penali* — la terza *leggi della procedura ne' giudizi civili* — la quarta *leggi della procedura ne' giudizi penali* — e la quinta *leggi di eccezione per gli affari di commercio*.

Dispose inoltre quella legge che ciascuna di dette parti sarebbe pubblicata a misura che avrebbe ottenuta la sovrana sanzione: la quale successivamente avea luogo a solo oggetto di accelerare la pubblicazione di ciascuna parte, senza produrre l'effetto che l'una potesse considerarsi anteriore nel tempo e l'altra posteriore; dovendo l'intero codice considerarsi come sanzionato e pubblicato nel medesimo atto.

In conformità di quanto ancora si è detto, con altra legge del 21 maggio 1819 fu pubblicata la prima parte del codice, intitolata *leggi civili*, e che è quella che corrisponde al codice civile francese, di cui l'opera del Marcadé s'occupa.

Fu confermata con quest'ultima legge l'abolizione di tutte le precedenti, con la quale veniva a sostituirsi per tutte le materie che formavano oggetto della medesima.

Ed ecco tracciato lo schizzo di una storia del diritto nostro, per quanto il permetteranno i confini di una nota, già da noi abbastanza oltrepassati. (Nota del traduttore.)

siccome a Roma il *jus civile* significava tutto il diritto de' Romani.

In conclusione *codice civile* presso noi significa *codice della teoria del diritto privato generale*.—Codice della teoria in opposizione al codice di procedura, che regola la pratica di questo stesso diritto privato;—*del diritto privato* in opposizione alle leggi costituzionali, amministrative, criminali, ed altre, che costituiscono il nostro diritto pubblico;—*del diritto privato generale, ordinario*, in opposizione al codice di commercio, che contiene il diritto privato speciale a' commercianti.

N. B. Questo codice pubblicato nel 1804, sotto il titolo di *CODICE CIVILE DE' FRANCESI*, tre anni dopo, in seguito dell'avvenimento del primo console all'impero, ed in forza di una legge del 3 settembre 1807, ebbe il nome di *CODICE NAPOLEONE*, ed una nuova redazione, che avea per fine precipuo di mettere il suo testo di accordo col novello stato politico delle cose. A di più non bisognerebbe supporre che questo nuovo titolo fosse dovuto unicamente ad un vile sentimento di adulazione, e non avesse alcun ragionevole motivo. È incontrastabile che il primo console prese una parte molto attiva nella compilazione del codice, che la potenza del suo genio vi si fece in più punti sentire, e che, se tuttavia presenta de' vizii, maggiori ne avrebbe offerto senza la presenza di Napoleone alle discussioni del consiglio di stato. (Vedi singolarmente il nostro commento all'art. 180, n. IV (1)).

Al cader dell'impero la forza delle cose

produsse un cangiamento novello. L'art. 68 della carta del 1814 (diventato l'art. 59 di quella del 1830) restituì al codice il nome puro e semplice di *CODICE CIVILE*; ed un'ordinanza del 30 agosto 1816, emessa in esecuzione di quella del 17 luglio precedente, pubblicò una terza edizione posta in armonia col governo regio.

Nonostante la rivoluzione di febbraio 1848, e dopo ben due anni da che la repubblica esiste, non ne è stata fatta ancora nessuna nuova edizione; e siccome la stessa redazione del 1804 non si troverebbe esatta (dappoichè, a mo' d'esempio, i membri del ministero pubblico, invece di riprendere l'antico nome di *commissari del governo*, si chiamano oggi *procureurs della repubblica*), è il testo della edizione reale che abbiám dovuto seguire, modificandolo beninteso quando le circostanze il richiedevano.

Da ciò per lo meno si scorge quanto sarebbe importante di fermarsi sopra denominazioni indipendenti dalla forma di governo. Sicchè i nostri tribunali superiori dovrebbero sempre e sempre avrebbero dovuto chiamarsi tribunali o corti d'APPELLO, non mai corti *reali* o corti *imperiali*. Han forse questi tribunali qualche cosa di più reale o di più imperiale, a seconda de' casi, delle giustizie di pace, de' tribunali di prima istanza, della stessa corte di cassazione? Del pari i membri de' *parquets* dovrebbero sempre denominarsi commissari o procuratori del *governo*, sia che fosse regio lo stesso, sia imperiale, sia repubblicano (2).

(1) L'articolo del codice francese indicato dall'autore non ha corrispondenza nelle nostre leggi civili, perchè soppressa dalle medesime la disposizione che ne formava l'oggetto, come vedremo nel luogo citato dall'autore. (Nota del traduttore.)

(2) La nostra legge organica giudiziaria del 29 maggio 1817, stabilendo ai c. e p. componenti l'ordine giudiziario denominazioni indipendenti dalla forma di go-

verno, ha designato per noi l'inconveniente contro di cui declama l'autore.—Sicchè, giudici di circondario sono stati dal a cita a legge denominati i così detti giudici di pace della magistratura francese, sebbene con diverse attribuzioni:—tribunali civili i tribunali di prima istanza:—gran corti civili le corti di appello:—e suprema corte di giustizia la corte di cassazione. (Nota del traduttore.)

SPIEGAZIONE DEL CODICE CIVILE

TITOLO PRELIMINARE

Della pubblicazione, degli effetti, e dell'applicazione delle leggi in generale.

(Decreto il 3 aprile 1803. — Promulgato il 13.)

Questo titolo si compone di sei articoli (1), ma quasi tutti richiederanno lunghe dichiarazioni.

L'art. 1 [1] tratta della pubblicazione delle leggi;

Gli art. 2 [2] e 3 [5 e 6] (2) parlano de' loro effetti;

Gli art. 4, 5 e 6 [4, 3 e 7] si occupano della loro applicazione (3).

La maggior parte delle regole che il legislatore stabilisce in questo titolo sono principi generali applicabili alle altre leggi egualmente che alle leggi civili. Se esso li ha posti in fronte al codice civile, ciò è perchè questo codice fu la prima delle sue opere, e che altronde è la parte più importante del nostro diritto francese.

Art. 1 [1]. — Le leggi sono esecutorie in tutto il territorio francese, in forza della promulgazione fattane dal capo del governo.

Saranno eseguite in qualunque parte della repubblica dal momento in cui potrà esserne conosciuta la promulgazione.

La promulgazione si riterrà conosciuta

(1) Il titolo preliminare delle nostre leggi civili si compone di otto articoli, invece de' sei che formano lo stesso titolo del codice francese: e l'aumento risulta dall'aver noi l'art. 3 di quest'ultimo diviso in due articoli, vale a dire gli art. 5 e 6 della prima; e dall'esserci aggiunto l'art. 8, di cui non si ha l'equivalente nel codice francese. Il tutto sarà più specificatamente indicato nel prosieguo. (Nota del traduttore).

(2) A suo luogo vedremo la varietà che passa tra l'ora elittato articolo francese e i corrispondenti delle nostre leggi. (Nota del traduttore).

(3) Si aggiunga a' detti ultimi articoli l'art. 8 delle leggi civili, di cui riferiremo in fine di questo titolo il tenore. (Nota del traduttore).

(4) Il corrispondente art. 4 delle nostre leggi civili è così concepito:

« 1. Le leggi obbligano in tutto il territorio del re-
gno delle Due Sicilie in forza della promulgazione

nel dipartimento della residenza del governo un giorno dopo quello della promulgazione; ed in ciascuno degli altri dipartimenti dopo il decorrenza dello stesso termine, con la giunta di altrettanti giorni, per quante decine di miriametri (20 leghe all'incirca) sarà distante il capoluogo di ciaschedun dipartimento dalla città dove sarà stata fatta la promulgazione (4).

SOMMARIO

I. Formazione della legge. — Potere legislativo, e potere esecutivo.

II. Promulgazione. — Suo effetto. — Come essa si compie.

III. Pubblicazione. — Suo effetto. — Come essa si compie. — Quid delle usità di misuratori nel computo delle distanze? — Quando la promulgazione è ritardata.

IV. Atti i quali, senza esser leggi, sono obbligatori come la stessa legge, ma sotto due condizioni.

V. Abrogazione delle leggi. E' ora oggi non potrebbe abrogar la legge: sono di Toullier e di Duranton.

I. — Diceremo che questo articolo tratta esclusivamente della pubblicazione delle leggi; ora esso non ne presenta neppure il nome, e pare non si occupi che della promulgazione. Nonpertanto esso parla eziandio della

« fattane dal re, e dal momento in cui la promulga-
zione è legalmente a notizia di ciaschedun comune.

« La promulgazione è legalmente a notizia:

« 1. del comune in cui è stata fatta la promulgazione il di seguente;

« 2. de' comuni della stessa provincia, altrettanti giorni dopo il di seguente alla promulgazione, quante

« sono le venti miglia di distanza dal comune della promulgazione;

« 3. de' capluoghi delle provincie al di qua, e delle valli al di là del Faro, il di seguente alla pro-

« mulgazione, colla giunta di altrettanti giorni, per quante venti miglia son distanti dal comune della

« promulgazione;

« 4. e finalmente degli altri comuni delle provincie e delle valli, colla giunta di altrettanti giorni, per

« quante venti miglia son distanti dal capluoghi. (Nota del traduttore).

pubblicazione per perifrasi, come vedremo. Ma prima di cominciare la spiegazione dell'articolo uopo è dire qualche cosa della *formazione delle leggi*, la quale appartiene al potere legislativo; mentre la *promulgazione* e la *pubblicazione*, almeno in principio, sono affidate al potere esecutivo.

Il potere legislativo appartiene all'assemblea de' rappresentanti del popolo (costituz. del 1848, art. 20 e seg.). Il potere esecutivo è delegato al presidente della repubblica (art. 43).

Decretata appena dall'assemblea nazionale una legge, sebbene perfetta, pur nullameno è senza forza; imperciocchè innanzi di essere posta in esecuzione abbisogna che sia promulgata e pubblicata. Or siccome dal momento della sua perfezione esce dal dominio del potere legislativo, così spetta al potere esecutivo il promulgare e pubblicarla (ivi, art. 56).

II. — La promulgazione è l'attestato dato dal capo dello stato al corpo sociale dell'esistenza della legge, e il comando intimato dallo stesso a' cittadini ed alle diverse autorità di osservarla e di farla osservare.

Infatti essa consiste nell'apposizione fatta dal capo dello stato della formula che ordina l'esecuzione della legge. Ma siccome questa apposizione nulla ha di pubblicità, la promulgazione legalmente non è reputata compiuta che per un modo esteriore e più notorio, che ha variato secondo le epoche, e che trovasi ridotto dopo il 1816 ad un atto materiale, che è importante conoscere, poichè serve di punto di partenza del termine per lo decorrimento del quale la legge trovasi pubblicata.

Secondo la costituzione del 22 frimaio anno VIII (13 dicembre 1799), sotto l'impero della quale è stato fatto il codice, la promulgazione compivasi senza alcun atto materiale con la scadenza del decimo giorno dopo la formazione della legge, cioè dopo che ora stata decretata dal corpo legislativo; di modo che la promulgazione unicamente consisteva in un termine, com'è tuttodì per la pubblicazione. Durante questi dieci giorni la legge poteva esser denunziata dal tribunato al senato per causa d'incostituzionalità.

In tal modo sol perchè una legge era decretata, s'intendeva, e da tutti anticamente si sapeva, che dieci giorni dopo si troverebbe promulgata, se in questo termine non fosse attaccata come incostituzionale. Se ne ha un esempio nelle date messe innanzi a ciascun titolo del codice, che tutti effettivamente sonosi dichiarati promulgati dieci giorni dopo la loro decretazione.

Ma la costituzione dell'anno VIII essendo stata abrogata sotto questo rapporto dalla carta del 1814, sino al 27 marzo 1816 non si ebbe niun modo determinato di promulgazione. Allora fu che un'ordinanza reale decise

che la promulgazione non sarebbe reputata compiuta se non dopo trasmesso alla gran cancelleria (ministero della giustizia) il bullettino spedito dalla stamperia nazionale.

Per una strana trascuratezza de' nostri legislatori erasi restato dal 1814 al 1848 senza alcuna fissazione di un termine nel quale avrebbe dovuta esser fatta la promulgazione. Così il potere legislativo trovavasi sotto la dipendenza del potere esecutivo, che poteva promulgare una legge dopo sei mesi, un anno, o più, o anche non promulgarela giammai, e renderla in tal guisa come non fatta. La costituzione del 1848 rimediò a questo grave inconveniente, ingiungendo al presidente di promulgare fra tre giorni dalla loro adozione le leggi di urgenza, e le altre fra un mese (art. 57). Non adempiendosi dal presidente a tale prescrizione, siffatta promulgazione sarebbe fatta dal presidente dell'assemblea nazionale (art. 59).

La promulgazione, com'è detto nel primo comma del nostro articolo, rende la legge esecutoria, ma non la rende ancora obbligatoria. Ciò per effetto della promulgazione la legge trovasi di avere in sé stessa la forza di essere eseguita, e riunisce le condizioni richieste per questo effetto: le manca però una estinseca condizione, la pubblicazione.

III. — Infatti la pubblicazione altro non è che il mezzo col quale la legge e la sua promulgazione sono portate o stimansi portate a conoscenza de' cittadini. Di essa parlano il secondo e terzo comma del nostro articolo.

Ed in vero il secondo comma dice: «esse (le leggi) saranno eseguite dal momento in cui » potrà esserne conosciuta la promulgazione, » e, » ed il terzo « la promulgazione si reputa conosciuta ec. », o la conoscenza data, o che si reputa data, della promulgazione è precisamente la pubblicazione. Portalis diceva nel consiglio di stato: « la promulgazione compie il carattere della legge; la pubblicazione » ne è la conseguenza della promulgazione, » ed ha per oggetto di far conoscere la legge. » (Fenet, *lavori preparatori del codice civ.*, t. VI, p. 12).

Giusta il comma terzo la pubblicazione si compie: 1° nel dipartimento della residenza del capo del governo, col decorrimento di un giorno dopo la promulgazione; e 2° per ciascun dipartimento di provincia, per lo stesso termine, più un giorno per ciascuna distanza di 10 miriametri tra il luogo in che è fatta la promulgazione e il capoluogo di questo dipartimento. Così la pubblicazione, la quale, secondo le diverse epoche, consisteva o nella lettura della legge all'udienza de' tribunali, o nell'apposizione di affissi, o nella lettura fatta sulla pubblica strada a suon di tromba o di tamburo, ec., oggidì semplicemente consi-

ste in un termine che comincia a decorrere dalla promulgazione; in guisa che non è più un mezzo che realmente trasmette la conoscenza della legge, ma soltanto un volgere di tempo dopo il quale è probabile che la conoscenza siasi avuta. Non è mica una realtà, ma sì bene una mera presunzione legale (1).

La legge solamente per la sua pubblicazione diviene obbligatoria e suscettibile di essere eseguita; imperciocchè non si può imporre ad una persona l'obbligo di obbedire ad una legge che non conosca, o che legalmente non sia reputata conoscersi.

Siccome il termine che produce la pubblicazione legale si proporziona alla distanza tra i diversi capoluoghi de' dipartimenti e la città dove si fa la promulgazione, e poichè questa promulgazione si fa ordinariamente a Parigi, la distanza tra questa città e ciascun capoluogo è stata ufficialmente determinata da un arresto del 23 termidoro anno XI (13 agosto 1803).

Quando la distanza da Parigi al capoluogo d'un dipartimento è di una o più decine di miriametri e qualche miriametro di più, che debbesi fare per queste unità?... Su di ciò in tre diverse opinioni si dividono i giureconsulti. Per una di esse vuolsi che per un solo miriametro si debba aggiungere un giorno, di modo che per 31 miriametro si darebbero 4 giorni, come per 40. Questa opinione è ammessa da Demolombe (I-27), e da due arresti della corte di cassazione (Devill. 1831, I, 209 e 214). Per la seconda, applicando la massima *major pars trahit ad se minorem*, decidesi che quando sianvi meno di 5 miriametri di supero non se ne debba tener conto; ma se ve ne siano più di 5 debbasi aggiungere un giorno come per 10. — La terza finalmente vuole che si faccia sempre astrazione dalle unità per non contare che le decine.

Noi seguiamo quest'ultima opinione: 1° perchè ella ha per sé il testo della legge che accorda *tanti giorni* per quanti *dici miriametri* vi ha; or nel 19 per esempio non v'è che una sola volta 10: 2° perchè è fondata sull'autorità di un senato-consiglio del 15 brumajo anno XIII (6 novembre 1804) e di un'ordinanza reale del 7 luglio 1821. Il Demolombe invoca quest'ordinanza come conforme al suo sistema; ma questo è un errore: imperciocchè siffatta ordinanza, la quale (rettificando un errore commesso per la Corsica nell'arresto del

25 termidoro anno XI) fissa a 145 *miriametri* e mezzo la distanza da Parigi ad Ajaccio, dichiara che per applicazione del nostro art. I il termine della pubblicazione sarà di *quindici giorni*. Ora, giacchè secondo il nostro articolo si dee computare dapprima un giorno per aggiungerne in seguito tanti altri per quanti 10 miriametri vi ha, è chiaro che l'ordinanza non concede in ragione della distanza che 14 giorni per i 145 miriametri e mezzo. L'ordinanza adunque non calcola i 5 miriametri e 5 chilometri; e l'ufficiale interpretazione che dà del nostro articolo condanna altresì ad un tratto la opinione del Demolombe e quella che, non facendo conto d'ogni frazione inferiore a 5 miriametri, vuole che 5 si computino come 10. L'errore del Demolombe dipende dall'aver dimenticato nel suo calcolo il termine fisso al quale quello delle distanze viene ad essere aggiunto.

Del rimanente la distanza ed il termine che per essa si concede non calcolandosi che per il capoluogo di ciascun dipartimento, ne segue che il termine sarà sempre lo stesso per tutti i luoghi di un dipartimento. Così, quantunque Havre sia distante da Parigi 10 miriametri di più che Rouen, la prima di queste città, facendo parte del dipartimento di cui la seconda è capoluogo, avrà lo stesso termine che questa.

La legge non sarà obbligatoria, anche dopo un termine molto più lungo di quello dettato dal nostro articolo, se un impedimento di forza maggiore, per esempio la peste o un'inondazione, interrompa ogni comunicazione tra una provincia e Parigi. In fatti il legislatore dispone pe' casi ordinari, e non è, nè può essere sua intenzione che la legge sia reputata conosciuta quando ciò sia assolutamente impossibile. Inoltre il secondo comma dice che le leggi saranno eseguite quando ne potrà essere conosciuta la promulgazione, e nella seduta del consiglio di stato del 21 brumajo anno X, avendo detto il primo console che bisognava redigere un articolo particolare per gl'impedimenti di forza maggiore, il ministro della giustizia, Tronchet, e Berlier gli fecero osservare che era inutile ogni eccezione, e che l'articolo nel suo medesimo testo rispondeva alla difficoltà (Fenet, t. VI, p. 32).

IV. — Il nostro articolo non parla, e noi non abbiamo fin qui parlato che delle leggi; ma le leggi propriamente dette non sono i soli atti che abbiano forza obbligatoria pe' cittadini. Il

(1) Per lo detto nostro, e s'ognatamente con le leggi de' 12 e 20 dicembre 1816, e del 29 marzo 1817, nonché col decreto degli 11 maggio 1819, e l'atto sovrano del 4 giugno 1823, molte opportune disposizioni sono adottate per la pubblicazione delle leggi. Copia munita del gran sigillo ne vien rimessa dal presidente del consiglio de' ministri a tutti gli altri notabili e pubblici funzionari; l'affissione per stampa ne ha luogo in

tutti i comuni del regno: vengono inserite nella collezione delle leggi e decreti reali, di cui si trovano di aver parlato nella nostra nota (I pag. 22 e seg.); parimenti s'inseriscono nella parte ufficiale del Giornale delle Due Sicilie; e gl'interessati han l'obbligo di fare altrettanto ne' giornali periodici de' due rispettive intendenze (Nota del traduttore).

presidente della repubblica, come capo supremo del potere esecutivo ed amministrativo, in d' sotto di lui, ed in suo nome, i ministri e le altre autorità, pubblicano col nome di *ordinanze, decisioni, regolamenti, arresti, ec.*, taluni atti che, come le leggi, impongono a tutti obbedienza, purchè siano fatti, 1° in conformità della legge, e 2° ne' limiti delle attribuzioni de' funzionari da cui emanano.

Al presidente appartiene primieramente il potere esecutivo. Or la legge ordinariamente non fa che stabilire i principi, senza occuparsi di regolarne i particolari. Appartiene adunque al presidente, incaricato dalla stessa costituzione della esecuzione della legge (art. 49), di prendersi questa cura. Inoltre egli deve usare tutti i mezzi atti a conservare e far rispettare la legge a lui affidata.

Il presidente è pure, giusta gli art. 61 e 68 della costituzione, il capo dell'amministrazione; egli dunque può, o meglio deve, sia da sè, sia per mezzo de' differenti funzionari da lui istituiti, prendere tutti gli espedienti che una saggia amministrazione richiede.

Infine i *maires* de' comuni possono eziandio fare de' regolamenti obbligatori per tutto ciò che interessa la sicurezza degli abitanti, la pubblica salute, il libero transito per le strade, ec. (1).

Così l'art. 471 del codice penale, num. 15

(1) Le leggi del 20 dicembre 1816 e 21 marzo 1817, citate nella nota precedente, distinguono i vari atti del potere legislativo, e quelli del potere esecutivo. Sono essi:

1.° Le leggi propriamente dette, riguardanti materie d'interesse pubblico ed universale; la formula che le accompagna è la seguente, cioè in principio: *Udito il nostro consiglio di stato — Abbiamo risoluto di sanzionare, e sanzioniamo la seguente legge; ed in fine: « Vogliamo e comandiamo che questa nostra legge da noi sottoscritta, riconosciuta dal nostro consigliere ministro di stato ministro segretario di stato di grazia e giustizia, munita del nostro gran sigillo, e controfirmata dal nostro consigliere ministro di stato presidente del consiglio de' ministri, e registrata e depositata nel ministero e real segreteria di stato della presidenza del consiglio de' ministri, si pubblichi colle ordinanze solenni per tutti i nostri reali domini per mezzo delle corrispondenti autorità, le quali dovranno prendere particolare registro ed osservarne l'adempimento. — Il nostro consigliere ministro di stato presidente del consiglio de' ministri è specialmente incaricato di vegliare alla sua pubblicazione. — Le leggi sono intitolate col nome del re, e firmate dal medesimo, dal ministro presidente, e dal ministro della giustizia.*

2.° I *decreti* reali sono atti con cui si provvede alle norme di esecuzione ed applicazione delle leggi, o a dispense, concessioni di grazia, nomine di pubblici funzionari, ed altri oggetti di pubblica amministrazione. — Sono dei pari intitolati col nome del re, e firmati dal medesimo e dal ministro presidente, o anche da quello o quei ministri i cui decreti riguardano, ed a quali ne appartiene la esecuzione. — Più semplice è la loro formula, che è nel principio così concepita: *« Sulla proposizione del nostro ministro segretario di*

punisce qualunque contravvenzione ai regolamenti legalmente fatti dall'autorità amministrativa, ed a quelli pubblicati dall'autorità municipale ne' limiti segnati dalla legge.

Questi diversi atti, emanati o dal presidente o dagli agenti dell'autorità amministrativa o municipale, quando sian fatti sotto le due condizioni sindacate, sono, come ben si comprende, lo svolgimento, il compimento e l'accessorio della legge; essi allora con questa si confondono, e, partecipando della sua autorità, ne hanno la medesima forza.

Che se al contrario uno di questi atti avesse uno scopo contrario a quello della legge, o emanasse da un agente che non abbia qualità di pubblicarlo, si troverebbe necessariamente privo di forza obbligatoria.

Da tutto ciò conseguita che quando la violazione di uno di questi atti è denunziata ad un tribunale, in prima esso deve esaminare se l'atto contenga le due condizioni richieste per obbligare i cittadini, e ciò ad oggetto di negarne l'applicazione ove apparisca di non esser fornito delle anzidette condizioni. E per ciò parecchi arresti si sono recusati di applicare taluni atti di diversi agenti amministrativi, e talvolta anche reali ordinanze (2).

V. — Dopo di aver parlato della formazione, della promulgazione, e della pubblicazione delle leggi, dobbiamo alquanto far parola

stato di... — *Udito il nostro consiglio ec.* — *Abbiamo risoluto di decretare, e decretiamo quanto segue; — ed in fine. — Il nostro ministro, o i nostri ministri ec.* sono incaricati dell'esecuzione del presente decreto.

3.° I regolamenti sono istruzioni e norme redatte dai ministri per la dettagliata esecuzione degli atti sovrani, e pel servizio interno delle amministrazioni: sono per lo più annessi a decreti, vengono redatti dal ministro del ramo cui riguardano, ed in pidi a' medesimi leggesi la firma del re con l'espressione *l'approvo* o *approvato*, oltre alla firma del ministro.

4.° I *reali decreti* versano per lo più sopra oggetti d'interesse particolare, che han bisogno di sovrano risoluzione; o talvolta sopra richiedimenti in materie d'interesse generale. Sono i stessi partecipati del rispettivo ministro nel real nome, in forma di uffizi, o senza altra formalità.

5.° Le *ministeriali* finalmente sono lettere di uffizio che i rispettivi ministri sono autorizzati a dirigere, sia per raccogliere da altri pubblici funzionari necessarie informazioni, sia per disporre quanto convien nell'interesse del pubblico servizio, alla cura di cui sopraintendono.

Per quanto riguarda poi le ordinanze ed altri atti che partono dalle varie autorità amministrative o giudiziarie per la regolamentazione del servizio loro affidato, è a riferirsi alle rispettive leggi organiche che ne determinano le attribuzioni. (Nota del traduttore).

(2) Specialmente: Parigi, 4 dicembre 1827; Metz, 23 febb. 1829; Nîmes, 28 gen. 1833; e molti arresti della corte suprema, soprattutto l'arresto di cassazione del 20 giugno 1833, che dichiarò illegale l'ordinanza del 6 dello stesso mese, in quanto che imponeva innanzi ai consiglieri di guerra gl'insorti non militari (D. v. 32, 1, 401 e la nota).

della loro abrogazione, per far notare un grave errore di Toullier e di Duranton.

L'abrogazione di una legge può essere espressa o tacita. Espressa, quando è formalmente scritta in una nuova legge; tacita, quando senza essere espressa risulta necessariamente dalle disposizioni di una nuova legge incompatibili con quelle dell'antica. E questo un punto evidente che basta annunziare per farlo comprendere. Ma si è preteso da taluni che vi siano due specie di abrogazione tacita, e che la desuetudine di una legge le tolga ogni forza. Toullier (I-162), e dopo di lui Duranton (I-107 e 108), trasportando nel nostro moderno diritto una regola di diritto romano, renduta evidentemente inapplicabile dalla nostra politica organizzazione, insegnano che l'uso contrario ad una legge, o anche il semplice non uso di questa legge, ne porti la legale abolizione, in conformità dell'antica regola: *leges, tacito consensu omnium, per desuetudinem abrogantur* (L. 32, 4, Dig. de legib.).

È maraviglioso che un simile errore sia durato fino a questi ultimi tempi. Indubitabilmente al solo potere legislativo si appartiene di mutare la legislazione. Dunque insino a che l'uso e la consuetudine potevano fare le leggi, le potettero eziandio disfare. Ciò aveva luogo in Roma: nell'antico nostro diritto la massima *leges per desuetudinem abrogantur* era la conseguenza di quest'altra: *inveterata consuetudo pro lege custoditur; ex non scripto jus venit quod usus comprobavit*. (Inst. Just., l. 1. t. 3, 9). Ma dal momento che l'uso non può più fare la legge, non può più distruggerla. Questa è una verità evidente, proclamata sì dai moderni autori, come dalla corte suprema (1).

* [2]. — La legge non dispone che per l'avvenire; essa non può avere effetto retroattivo.

SOMMARIO

I. Esistenza e completezza del principio della non retroattività delle leggi.
Difficoltà che nondimeno presenta la sua applicazione.

1.° Leggi interpretative — Osservazione sull'interpretazione delle leggi.

II. Impossibilità di evitare le interpretazioni contraddittorie. — Il solo potere legislativo può obbligare di accettare una interpretazione, e non rinviare all'uniformità. — Può farlo con diversi mezzi. — Quali chiamasi interpretazione dottrinale, interpretazione autentica, interpretazione giudiziaria, e legge interpretativa? Prendano che si richiede nell'uso di questi termini. Il solo potere legislativo può legittimare un'interpretazione; ma non può venire da

tutt'altra fonte. — L'atto che si chiama legge interpretativa non è che una interpretazione; esso può e non retroagire.

III. Quando la legge opera, in vista di nuovo interpretata, è verregata da un'altra legge, questa legge scatta con retroazione.

2.° Leggi sulla capacità delle persone.

IV. Queste leggi cambiano la nostra capacità al momento della loro pubblicazione; ma rispettano la nostra capacità anteriore e i suoi effetti. Esempi.

3.° Leggi sulla quota disponibile dei beni.

V. Che s'intende per quota disponibile? — Per la donazione tra vivi e per la donazione a titolo gratuito stabilita dalla legge all'epoca della donazione.

VI. Per i testamenti bisogna attenersi alla quota stabilita dalla legge all'epoca della morte.

VII. Per le istituzioni contrattuali si applica la legge dell'epoca del contratto.

4.° Leggi penali.

VIII. Si deve applicare la più mite delle due leggi. — Errore di Delvincourt.

5.° Leggi sulla forma, sull'interpretazione, sulla prova e sul modo di esecuzione degli atti; leggi sulla prescrizione.

IX. La legge del giorno del contratto ne regola la forma.

X. Bisogna attenersi sempre la elezione non espressa a favore dello stato.

XI. Anche l'atto regola il genere della prova da ammettere.

XII. Al contrario la legge del giorno dell'esecuzione determina le formalità di questa.

XIII. La prescrizione di legge regola la nuova legge. — Errore di Bigot-Messureux e di Duranton.

XIV. Eccezione di fatto al principio della non retroattività.

I. — Per esser la legge una regola obbligatoria di condotta è della sua essenza di comandare, di vietare, o di permettere; nè può avere oggetto diverso. Or sarebbe assurdo comandare, di vietare, o di permettere quello che già è stato fatto; una legge non può dunque avere per oggetto degli atti anteriormente compiuti, non può agire sul passato, in altri termini non può avere effetti retroattivi.

Come ben si vede la proposizione espressa dal nostro art. 2 [2] è imperiosamente richiesta dalla logica, ed è scritta nella natura stessa delle cose: è una verità matematica, la quale non è suscettiva di veruna specie di eccezione (almeno in teoria; imperocchè vedremo nel num. XIV ed ultimo di questo articolo che nel fatto non può altrimenti avvenire).

Ma nondimeno questo principio si chiaro, si facile ad intendersi, presenta molte gravi difficoltà allorchè se ne voglia ben comprendere tutta l'estensione, e ponderare esattamente tutte le conseguenze.

Far produrre alla legge che si pubblica questo o quel risultato, trarne quella o quell'altra conseguenza, sarebbe o pur non farla retroagire? Ecco una questione che spesso ci si offre, e che talvolta può crearci delle difficoltà. Bisogna dunque venire ad alcune spie-

(1) Lagrange (Examen crit. del corso di Duranton p. 47). Zachariae (l. p. 50). Boudreau (Introd. allo studio del dir.). Doyergre (su Toullier, loc. cit.), Demolombe (I-35). Cassazione (di un arresto di Angers), 25 gen. 1841; Devilleneuve, (41, 4, 103).

Fa meraviglia che questo arresto del 1841 — celebre non solo perchè la corte di cassazione è ritornata alla sua antica giurisprudenza, ma ancora perchè ha messo in agitazione tutto il notariato, ed è venuto a capo di

far pubblicare la deplorabile legge del 21 giugno 1843, di cui parleremo in prosieguo (art. 1317 [271], oom. III) — con s'è affatto ricordato da Duranton nella sua edizione del 1844 aumentata, come dico, dell'analisi della nuova giurisprudenza. È strano come il dotto professore prosegua a presentare il preteso principio dell'abrogazione della legge per virtù del non uso siccome consacrato dalla corte di cassazione.

gazioni intorno al principio si semplice in se stesso della non-retroattività.

Per esporre con metodo più esatto quel che ne saremo a dire, esamineremo questo principio sotto cinque rapporti ed in cinque diversi paragrafi.

§. 1. — Delle leggi interpretative. — Osservazioni sulla interpretazione delle leggi.

II. — Nessun' opera dell' uomo è perfetta ; sarà dunque ben raro che una legge sia redatta con chiarezza bastante, e che prevegga con sufficiente precisione le varie possibili ipotesi, tanto che non vi sia bisogno di alcun commento nè di alcuna *interpretazione*.

L'interpretazione delle leggi, come qualsivoglia altra interpretazione o spiegazione, è permessa a tutti i cittadini ; e se in generale essa emana esclusivamente da' magistrati e da' giureconsulti, ciò avviene perchè i loro studi speciali li pongono nello stato di dare una più esatta interpretazione de' testi che offrono difficoltà. Ma la interpretazione del magistrato o del giureconsulto non potrebbe, più che quella del semplice cittadino, far legge, nè essere imposta a tutti : essa non ha che un' autorità di ragione e di logica. Non ostante i tribunali rimangono liberi di applicare la legge in un senso diverso ; in guisa che vi può essere e in tutti vi è un gran numero di decisioni contraddittorie, comechè pronunziate in forza di una medesima legge.

Sotto questo rapporto, sostenghiamo, l'interpretazione chiamata *giudiziaria*, quella emanata dalle corti e da' tribunali, non ha forza maggiore di quella del giureconsulto e di ogni altro cittadino. Certo che un giudicato non è un puro atto dottrinale come il consulto di un avvocato o la opinione di un autore, ma è un atto di autorità, un atto di potere, che importa *obbligazione* e che produce *legame* ; non pertanto, per non cadere in errore, si dee aver per fermo che questa *obbligazione*, questo *legame*, non esiste per l'avvenire, e come una norma che debba regolare i casi futuri : esso riguarda unicamente un fatto passato e compiuto, ed ha per fine di terminare la contestazione insorta fra le parti ; il giudicato non ha effetto che tra queste parti, ed anello tra queste medesimo parti per la sola lite che tra esse esisteva.

Adunque, mentre il potere legislativo non regola che l'*avvenire*, il potere giudiziario non regola che il *passato* ; e mentre il carattere del primo è la *generalità*, quello del secondo è la *specialità*.

Così quando un notaro muove lite ad un usciere, pretendendo che questi non abbia diritto di procedere alla tal vendita all'incanto, il tribunale a cui la quistione vien sot-

toposta non potrà, accogliendo la domanda del notaro, giudicare che tutti gli uscieri in generale, o solo quelli soggetti alla sua giurisdizione, non abbiano il diritto di fare siffatta specie di vendite, e neppure che l'uscieri attualmente in causa non possa per l'avvenire fare somiglianti vendite. Potrà solamente giudicare che il detto usciere non avea diritto di fare quella determinata vendita ; di modo che se il medesimo usciere in seguito procedesse ad una somigliante vendita, lo stesso notaro, volendo ottenere il ristoro de' nuovi danni-interessi, dovrebbe provocare una nuova sentenza.

Talvolta in verità il giudice stabilisce e proclama principj generali ; esamina i testi di legge, li spiega, li commenta, e ne trae delle conseguenze, il cui carattere è la *generalità*. Ma siffatte operazioni non sono che i preliminari della sua sentenza ; in questi addita le ragioni della decisione e non già la decisione, i *motivi* della sentenza e non la sentenza, la quale solamente si trova in quella parte che in termini di procedura chiamasi *dispositivo*. Il magistrato dunque pronunziando una sentenza fa due cose ben distinte : 1° quando egli pronunzia il *dispositivo* agisce per via di autorità, comanda, vieta, condanna, ec., egli è uomo pubblico ; ma non pertanto non può occuparsi che d'un affare particolare ; 2° quando al contrario pronunzia i motivi con queste parole, *atteso che...*, *considerando che...*, è vero che egli da principj generali deduce conseguenze egualmente generali ; ma allora non giudica ancora, dice soltanto perchè s'induce a giudicare a quel modo, non fa che esporre la dottrina ; egli è tuttora un uomo privato che interpreta la legge, come il farebbe l'avvocato, lo scrittore ed ogni altro cittadino.

Queste idee, sulle quali si fonda l'importante divisione tra il potere giudiziario ed il potere legislativo, sono scritte nella natura stessa delle cose, per altro formalmente consacrate dagli art. 5 [3] e 1351 [1305] del codice civile. Per non aver ben compreso questi principj ed altri che loro son correlativi, e che vi si rannodano, la camera de' deputati ne ha dato sulla interpretazione delle leggi la deplorabile legge del 1° aprile 1837, della quale più innanzi terremo parola (art. 5 [3], n. VI).

Laonde l'interpretazione *giudiziaria* è, come quella dell'avvocato o dello scrittore, una interpretazione *dottrinale*, e quando sorgono dispareri sul senso di un testo di legge non possono i tribunali più de' giureconsulti ricondurre all'unità di giureprudenza. Questi dispareri non potranno cessare se non quando un ordine del potere che può comandare a tutti avrà imposto d'accettarsi da per tutto una determinata interpretazione.

Ora il solo potere legislativo può dare regole obbligatorie per tutti; solo esso può dunque comandare che si accetti una determinata interpretazione di una legge anteriore.

A questa prima verità, che niuno sconosce, è mestieri aggiungerne un'altra, che non sembra generalmente compresa, e che è importante di ben intendere. Questa è che il potere legislativo, che solo può condurre all'unità, può farlo con diversi mezzi.

Esso può o, 1° imporre un'interpretazione che egli medesimo dà; o 2° comandare di accettarsi una interpretazione precedentemente data (sia da un tribunale, sia da un autore, o emanata da qualunque altra fonte); o 3° ingiungere *a priori*, ed una volta per sempre, di accettarsi le interpretazioni che emaneranno dalla tal fonte anticipatamente indicata; infine potrebbe ancora 4° abrogare la legge oscura, surrogandovene una nuova; ma questo propriamente non sarebbe un caso d'interpretazione (1).

In tutti questi casi, e qualunque sia il modo tenuto dal potere legislativo, posto che vi sia il comando di rispettare una determinata interpretazione, i dottori hanno introdotta l'abitudine di dire che siavi una *interpretazione autentica*, un'interpretazione per via di autorità, che essi oppongono all'*interpretazione dottrinale* ed all'*interpretazione giudiziaria*; oltre a che, quando è lo stesso potere legislativo che dà la interpretazione autentica, l'atto col quale la dà vien da dottori medesimi chiamato *legge interpretativa*.

Così, a tenore del linguaggio ricevuto, debbonsi distinguere tre specie d'interpretazione: 1° L'interpretazione dottrinale, che non produce obbligo alcuno; 2° l'interpretazione giudiziaria, che produce obbligo tra determinate parti e per determinato affare; 3° l'interpretazione legislativa, che produce obbligo generale, e che si presenta sotto svariate forme, in una delle quali le si dà il nome di *legge interpretativa*.

Eppure tutto ciò è inesatto. Non vi ha interpretazione che produca obbligo generale, nè interpretazione che produca obbligo particolare. L'illogica idea della interpretazione legislativa e de' suoi effetti nasce, come si vedrà in appresso, dalla confusione fatta tra l'interpretazione e la legge che comanda di accettarla; del pari l'idea ugualmente illogica dell'interpretazione giudiziaria e de' suoi effetti nasce, come osservammo, dalla confusione fatta tra l'interpretazione che serve di

motivazione ad una sentenza e la sentenza stessa.

Penetriamo un po' più addentro nelle cose per formarci esatte idee sulla interpretazione legislativa.

Non vi sono, nè vi possono essere varie specie d'interpretazione. L'interpretazione è una spiegazione: ma spiegare un testo, rischiariarlo, farne comprendere il senso, è certamente *spiegare una dottrina* e niente di più. Adunque una interpretazione, da qualunque fonte derivi, ed ancorchè emani dallo stesso potere legislativo, è sempre e necessariamente dottrinale, e non può mai essere altra che dottrinale. Una interpretazione per sè sola non può essere *obbligatoria*, non può essere una *legge*, una *regola*. Dare una regola, fare una legge, è comandare, vietare o permettere; ma nulla evvi di comune tra il permettere, il vietare od il comandare, e l'interpretare, spiegare, far comprendere. Il comando, il divieto o il permesso essenzialmente suppone un'autorità, un potere, una relazione tra superiore e inferiore; condizione che la interpretazione, la spiegazione non suppongono in alcun modo.

Se dunque volessi ora che questa interpretazione, che per sè stessa non può obbligare alcuno, sia non pertanto forzosamente ammessa da tutti, evidentemente bisognerà a cotesta interpretazione aggiungere un nuovo elemento; vi bisognerà un *ordine*, una *legge*, che a tutti comandi di accettarla, e siffatta legge non potrà emanarsi che dal potere legislativo. Del resto è indifferente che questa legge, quest'ordine di accettare la detta interpretazione, la preceda o l'accompagni: che il potere legislativo una volta per sempre comandi di rispettare le interpretazioni di legge che emaneranno da una determinata fonte, o pure che comandi ogni volta che ne facesse uopo di accettare una qualche interpretazione emanata o da lui o da altri, il risultato sarà sempre lo stesso. Vi saranno sempre i due elementi che costituiscono ciò che si chiama *interpretazione per via d'autorità legislativa*, cioè: 1° una interpretazione; 2° un comando di accettare siffatta interpretazione.

Si noti adunque con attenzione che questi due elementi trovansi sempre e necessariamente nella interpretazione legislativa, sotto qualunque forma essa sia data; essi necessariamente esistono, quantunque implicitamente, nell'atto impropriamente detto *legge in-*

(1) Dal 1790 sino al 1807, in conformità della legge del 1° dicembre 1790, art. 91, la interpretazione di una legge per formare autorità doveva esser data dal potere legislativo medesimo. Nel 1807 una legge del 16 settembre, art. 2, diede una volta per sempre forza obbligatoria alle interpretazioni che il capo dello sta-

Marcadé T. I.

to, allora l'imperatore, darebbe nel consiglio di stato. Nel 1828 una legge del 30 luglio, oggi abrogata da quella del 1° aprile 1837, ma di cui il principio è da questa riprodotto, ha restituito al potere legislativo il diritto di dare interpretazioni che formino autorità pel tempo avvenire.

interpretativa. Infatti, quando il potere legislativo viene egli stesso ad interpretare una legge per far cessare i dispareri che essa fa nascere, è chiaro che egli null'altro fa se non dare una disposizione che più chiaramente riproduca l'idea della legge oscura, senza prendersi briga di aggiungere il comando di accettarsi cotesta interpretazione; in guisa che nella forma non v'ha che il primo elemento, l'*interpretazione*. Ma il secondo, l'*ordine di accettare l'interpretazione data*, virtualmente vi si contiene; esso è sottinteso, ma vi è per la forza stessa delle cose, e solo perchè è il potere legislativo che ha parlato.

Se è così, se l'atto legislativamente interpretativo contiene necessariamente ad un tempo una interpretazione ed una legge, ne segue che questo atto è insieme esplicativo sotto un rapporto, e imperativo sotto un altro. Ma in quanto è solo esplicativo, non è, nè può essere legge, perchè, di nuovo lo ripetiamo, nulla v'ha di comune tra comandare, che è l'oggetto della legge, e spiegare, che è l'oggetto della interpretazione. Sicchè, quando si voglia ricercare il vero senso delle parole, una legge interpretativa, propriamente parlando, non è altrimenti più possibile che un *cerchio triangolare*. Addossate ad una legge, poca monta se espressa o sottintesa, l'interpretazione di una legge precedente; confondete in una sola disposizione l'interpretazione e la legge che ingiunge di accettarla, mai non farete che la vostra disposizione, semplice in apparenza e nella forma, non sia in fatti complessa; nè che la legge sia l'interpretazione.

Dopo queste dichiarazioni si comprende che in vece di parlare dell'*interpretazione dottrinale* e dell'*interpretazione obbligatoria*, che l'una all'altra si contrappongono, uopo era mettere in vista l'*interpretazione pura e semplice*, dottrinale sicuramente (ma questa qualità non dev'essere indicata come caratteristica, poichè essa conviene ad ogni specie d'interpretazione); indi l'*interpretazione legalizzata*, dottrinale del pari che la prima, ma che una legge (apposta all'interpretazione stessa, o separatamente data, il che poco monta) ha comandato accettarsi da per tutto.

Si comprende altresì, e questo è di grave importanza, che se la *legalizzazione* di una interpretazione, cioè il comando di rispettarla, non può emanare che dal potere legislativo, la interpretazione stessa può benissimo emanare da qualsivoglia altra fonte. Con molta prudenza bisogna dunque intendere la massima di diritto romano, *ejus est interpretari legem cujus est condere*; massima che trovasi sommaramente falsa se si prenda alla lettera, come fanno molti autori.

Dopo quest'analisi di principi, troppo generalmente non compresi, terminiamo questo n. Il indagando se l'atto intitolato *legge interpretativa* sia sottoposto alla regola della non retroattività stabilita dal nostro articolo.

È chiaro che no; è chiaro che la legge interpretativa retroagirà. Difatti in ciò che impropriamente chiamasi legge interpretativa vi sono, come osservammo, due cose: 1° l'interpretazione data sopra un testo difficile; 2° una legge che comanda di accettare questa interpretazione. Ora per uno strano abuso di parole precisamente alla prima di queste due idee si applica l'espressione di *legge interpretativa*: nel comune linguaggio, le parole *legge interpretativa* non significano, come dovrebbero essere, la legge che contiene una interpretazione, ma si bene la interpretazione imposta con una legge. Se così è, la nostra questione risolvesi contemporaneamente che si propone.

Suppongasi una legge del 1820 che abbia dato luogo a lunghi dispareri di cui una legge interpretativa sia venuta a fissare il senso nel 1835, bisognerà applicare questa legge del 1835, interpretativa d'una legge del 1820, a un fatto compiuto nel 1830? La questione veramente non è una; infatti essa equivale a questa: *Bisogna applicare ad un fatto del 1830 l'interpretazione (legislativamente data nel 1835) di una legge del 1820?* Ma la interpretazione di una legge è la stessa legge interpretata, spiegata; è la stessa legge diventata più chiara, più intelligibile, e presa nel senso che ha sempre avuto, sebbene questo non s'instato sempre compreso. La questione dunque definitivamente si riduce a questi termini: *E far retroagire la legge del 1820 (spiegata nel 1835), applicandola agli atti del 1830?* Il che importa che la questione non è più una.

Adunque l'atto qualificato *legge interpretativa* retroagirà necessariamente e sempre; come vedesi, ciò non avverrà perchè siavi una eccezione al nostro articolo per le leggi interpretative, come ordinariamente si dice, ma semplicemente perchè le pretese leggi interpretative non sono leggi.

III. — Del resto non si dovrà riguardare come interpretazione un atto legislativo, solo perchè ha per fine di far cessare le oscurità di una precedente legge. Imperciocchè, come dicemmo innanzi, il potere legislativo può far cessare i dubbi che si elevano intorno al senso di una legge, o spiegando questa, o sostituendone una nuova.

Or quando il potere legislativo, in vece di spiegare soltanto un testo difficile con termini che riproducano più chiaramente la stessa idea, introduce al contrario una disposizione novella, che l'antico testo non conteneva, non vi ha in ciò interpretazione della legge ante-

riore, ma abrogazione di questa legge e creazione di una legge nuova.

Così, nel 1835, essendo surta disputa tra la corte di cassazione e le corti di appello intorno alla questione se, nel caso di cui si trattava, dovesse farsi una citazione nel termine di otto giorni, o pure in quello di tre anni, fu dimandata una interpretazione al potere legislativo. Questo trovando troppo breve il termine di otto giorni, e molto lungo quello di tre anni, emise una legge che fissò quel termine a tre mesi. È chiaro che questa non fu una interpretazione della legge anteriore, ma una nuova legge, sottoposta come tutte le altre al principio della non retroattività stabilito dal nostro articolo, e che perciò non si potè applicare ad atti anteriori alla sua pubblicazione.

§. 2. — Delle leggi che regolano la capacità delle persone.

IV. — La capacità delle persone, del pari che le altre cose, è per l'avvenire nel dominio della legge. Essa può dunque ad ogni istante aumentarla, diminuirla o toglierla per l'avvenire, e dal momento della stessa legge. La non retroattività della legge consiste in quanto non può togliere i dritti già acquistati, i quali irrevocabilmente ci appartengono al momento in cui è pubblicata; or l'individuo capace non ha alcun dritto acquistato per conservare nel tempo avvenire la capacità di cui al presente gode. Il solo dritto acquistato è di potere, finchè sia capace, fare validamente quegli atti che la sua capacità gli permette, e questi son per sempre validi. La non retroattività delle leggi, di cui qui parliamo, riducesi adunque a rispettare la passata capacità con tutte le sue conseguenze.

Di tal che Pietro pervenuto all'età di vent'anni e mezzo è da sei mesi diventato maggiore ai termini del codice civile; si pubblica una legge la quale dispone che la maggiore età sia a ventitré anni; Pietro tornerà minorenni per un anno e mezzo; ma non sarà men vero che egli è stato maggiore per sei mesi, e quindi tutti gli atti che richiedevano la maggiore età, e da lui fatti durante i sei mesi, essendo stati fatti da persona maggiore, sono e restano validi.

§. 3. — Delle leggi che determinano la quota disponibile.

V. — Chiamasi *quota disponibile* la parte del nostro patrimonio che la legge ci permette di donare, in contrapposto alla *riserva* o porzio-

ne riserbata, di cui vieta di disporre a titolo gratuito, quando si lasciano eredi di una determinata qualità, affin di assicurarne la trasmissione a' medesimi. Su tal proposito bisogna riscontrare gli art. 913, 914, 915, 916 e 920 [829, 830, 831, 832 e 837] (1).

Ma quando una donazione è fatta sotto l'impero di una legge, e poscia una nuova, prima della morte del donante, viene ad aumentare o a diminuire la sua quota disponibile, bisognerà applicare la prima o la seconda legge a tal donazione?

Qui bisogna distinguere: 1.^a le donazioni tra vivi, o donazioni propriamente dette; 2.^a le donazioni testamentarie, o legati; 3.^a alcune disposizioni che stanno in mezzo fra le donazioni e i legati, o chiamansi *istituzioni contrattuali*.

1.^a Per le donazioni sempre ed esclusivamente bisogna applicare la prima legge, quella cioè in vigore nel giorno della donazione.

Infatti la donazione, quando è regolarmente fatta, ha per risultamento di attribuire attualmente, immediatamente, ed irrevocabilmente al donatario la proprietà de' beni donati, come si scorge per l'art. 894 [814]. Quando adunque i beni sono stati regolarmente donati, ne' limiti che la legge permetteva di disporre, essi dal momento stesso della donazione han cessato di essere nel patrimonio del donante; ed in conseguenza, se una legge posteriore venga a restringere di più la quota disponibile, non può imporre a questo donante alcuna proibizione relativamente a quei beni che più non gli appartengono. Decidere il contrario sarebbe riportare fino al tempo della donazione un divieto che allora non esisteva, e togliere al donatario una proprietà che irrevocabilmente aveva acquistata. Questo dunque sarebbe dare alla novella legge un effetto retroattivo.

Se ora vogliamo supporre che la nuova legge invece di sminuire la quota disponibile per l'opposto l'abbia aumentata, vedremo che bisognerà eziandio applicare la legge del giorno della donazione.

Un padre che aveva due figli, e che ai termini dell'art. 913 [829] (2) non poteva disporre che del terzo de' suoi beni, in vece ne ha donato la metà; supponiamo che prima della sua morte, ma posteriormente alla donazione, sia stato abolito l'art. 913 [829] (3), e sostituito da un altro che permette alla persona che ha due figli di donare la metà del suo patrimonio, questa seconda legge non impedirà ai figli di far ridurre al terzo la donazione, in forza degli art. 913 e 920 [829 e 837] (4). Infatti

(1) Gli art. 829 e 831 delle nostre leggi civili, corrispondenti agli art. 913 e 915 del cod. francese, han portato alle disposizioni dettate da questi ultimi delle riforme, che a proprio luogo segnammo. Nota del traduttore.

(2) V. la nota precedente. (Nota del traduttore.)

(3) V. la nota precedente. (Nota del traduttore.)

(4) V. la nota precedente. (Nota del traduttore.)

quando questa donazione fu fatta, il donante non poteva secondo la legge allora esistente disporre che di un terzo; la donazione è stata dunque valida per questo terzo soltanto, e l'eccedente, cioè la differenza dal terzo alla metà, non ha potuto essere legalmente acquistato dal donatario. Laonde convalidare la donazione per questa eccedenza, perchè una legge posteriore è venuta a permettere di donare questo dippiù, sarebbe far retroagire la legge posteriore sino al momento della donazione. Se in questo caso il padre voglia usare della facoltà concedutagli dalla seconda legge, bisognerà che faccia una nuova donazione.

VI. — 2.° Sarà diversamente per le donazioni testamentarie; ad esse bisognerà applicare la legge del giorno della morte del testatore.

Difatti col testamento non si dispone attualmente, ma pel tempo in cui si cesserà di vivere. Il testamento è semplicemente il *progetto* di un'alienazione, la quale non si effettua che per la morte del disponente; di modo che dopo di aver testato rimane sempre proprietario e libero di rinvocare (art. 895 [815]).

Nella nostra prima edizione dicemmo che in questo caso ad un tempo bisognava applicare e la legge del giorno della compilazione dell'atto, e quella del giorno della morte del testatore, per limitar l'effetto del testamento alla misura di quella legge che stabilisce la più limitata quota disponibile; atteso che, dicevamo, il testatore ha bisogno della capacità legale tanto nel giorno che scrive la sua disposizione, quanto in quello in che si effettua l'alienazione per la sua morte.

Era questo un grave errore: il testamento non essendo che un progetto quando si scrive, basta che si abbia allora la capacità di disporre in generale, la capacità di fare un testamento; soltanto nel giorno della morte, quando l'alienazione si compie, bisogna ricercare di che si è potuto disporre. Del resto questo errore, che noi abbiamo notato in fine del vol. 1.°, nell'errata, è stato in seguito da noi confutato nella spiegazione degli art. 895 e 920 [815 e 837], e rimandiamo di nuovo a questi articoli, luogo dove la questione sarà meglio compresa.

VII. — 3.° La *istituzione contrattuale* è un atto di liberalità che simultaneamente partecipa della natura delle donazioni e di quella de' testamenti. Al pari che la donazione, è irrevocabile, e non permette al disponente di donare ad altri i beni che ha donati in tal modo: ma d'altra banda non ha effetto, come il testamento, che alla morte del disponente, il quale durante la sua vita continua ad essere proprietario de' beni donati. Siffatta disposizione è stata chiamata *istituzione* perchè è una specie d'istituzione d'eredità; ed istitu-

zione *contrattuale* perchè non può avere luogo per testamento, ma soltanto per contratto di matrimonio. (Ved. art. 1082 e 1083 [1038 e 1039]).

Dall'esser queste disposizioni irrevocabili conseguita che danno all'istituto o donatario un diritto acquistato che una legge posteriore non gli potrebbe togliere senza avere effetto retroattivo. Perlochè la quota disponibile in questo caso sarà regolata secondo la legge del giorno del contratto.

§. 4. — Delle leggi penali.

VIII. — Allorché una legge viene a stabilire per un reato una pena diversa da quella stabilita da altra legge anteriore, debbesi applicare al reato commesso prima della promulgazione di questa seconda legge quella delle due che è la più mite.

Se la prima legge è più mite della seconda, la sua applicazione non è che la conseguenza de' principj; imperciocchè sarebbe un far retroagire la seconda applicandola ad un fatto consumato prima della sua promulgazione. Se più mite è la seconda, questa si dovrà applicare (sebbene in questo caso vi sia retroattività), poichè, avendo il legislatore pubblicato questa legge più mite, ha dimostrato che trovava la prima non proporzionata al reato, e che per conseguenza ingiusto ed inumano sarebbe più a lungo applicarla. Da ciò ne avviene che quando un processo criminale è successivamente sottoposto a due giurisdizioni, se viene pubblicata una legge più mite nell'intervallo delle due decisioni, il tribunale che giudica in ultima istanza deve applicare questa, e non quella esistente nel tempo della sentenza di prima istanza (1). Delvincourt per tutta spiegazione sulla retroattività delle leggi penali da quest'unica frase: *E principio incontrastabile che non può mai applicarsi ALTRA PENA se non quella che era stabilita dalla legge in vigore all'epoca in cui è stato commesso il reato*. Se per altra pena Delvincourt ne intendesse una più rigorosa, la sua proposizione diverrebbe vera; ma presa nella sua naturale significazione non può essere più falsa di quello ch'è.

§. 5. — Forma degli atti — Clausole da supplirsi.

- Pruove da ammettersi per la loro dimostrazione.
- Formalità da seguirsi per la loro esecuzione.
- E finalmente leggi sulla prescrizione.

IX. — Bisogna sempre applicare la legge del giorno della formazione dell'atto per i

(1) Parere del consiglio di stato del 29 pral. an. VIII; cassaz. 13 marzo 1810; cassaz. 1.° ottobre 1813; cassaz. 19 febbraio 1811.

primi tre oggetti; pel quarto al contrario, e quando trattasi di prescrizione, è la nuova legge che debbesi applicare.

Infatti, quanto alle forme innanzi tutto, finchè una legge non richiede per un atto talune forme speciali, posso validamente farlo con quelle che mi aggradano, e allorchè questo atto è compiuto, ho acquistato diritto alla sua validità. Una legge posteriore, che richiede nuove forme, non potrebbe distruggere la validità di quest'atto senza retroagir sul passato. È questa certamente una ragione generale che risolve la quistione sì pe' testamenti che per gli atti tra vivi.

Nè per le forme a sersersi avviene come per la quota di cui si può disporre. Dopo che ho fatto il mio testamento, una legge posteriore, diminuendo la mia capacità di disporre, può ben fare che il mio legatario non abbia che un quarto invece della metà che io gli avea donato; ma riflettiamo bene al come. Non si dice che per effetto della nuova legge mi trovo di aver donato più di quello che poteva; il che sarebbe far retroagire questa legge: ma si dice in vece che la metà di cui ho disposto, comunque sia stata per verità validamente donata, non basta però che io l'abbia validamente donata nel giorno della formazione dell'atto, ma bisogna ancora che al giorno della morte possa validamente trasmetterla, e che questo appunto è dalla seconda legge vietato.

Ma per impugnare il mio testamento, fatto nel 1800, per mancanza delle forme prescritte nel 1804, bisognerebbe dire, riferendo la norma additata dall'ultima legge ad un atto compiuto quattro anni prima, che questo testamento non è regolare. Bisognerebbe dunque che questa legge facesse ritorno sul passato, bisognerebbe farla retroagire (1).

X. — Per supplire le clausole non espresse in un contratto è chiaro che non possiamo riferirci che alla legge in vigore nel giorno in cui si è stipulato il contratto. Di vero in questo caso è mestieri ricercare la intenzione delle parti; ma per regolare quello che le parti lasciarono non spiegato nel loro atto, la loro intenzione non si è certo riferita ad una legge non ancora esistente. Quindi il completar quest'atto con le regole della legge nuova sarebbe farla retroagire.

XI. — Similmente con la legge del giorno del contratto bisogna determinare qual genere di prove si debba ammettere per documentare le convenzioni delle parti. Di fatti questa legge le parti hanno tenuta presente; sul genere di prove allora ammesse, e su quelle soltanto, han dovuto contare: appunto perchè la legge di quel giorno diceva che il tal

fatto poteva provarsi con testimoni non han curato una prova scritta; e se per effetto della legge posteriore si pretendesse esser loro vietato ciò che la precedente permetteva, sarebbe un far retroagire la detta legge posteriore. Lo stesso sarebbe altresì se loro si permettesse quello che la legge anteriore vietava.

XII. — In quanto al modo da seguirsi, alle formalità di procedura da usare per lo esercizio di un dritto, sempre la legge presente è d'uopo applicare.

Per verità niano ha giammai un dritto acquistato di far eseguire, di farsi giudicare, di far procedere insomma seguendo talune regole piuttosto che talune altre; di reclamare e sperimentare l'esercizio di un dritto con certe forme piuttosto che con altre; le formalità da seguirsi sono sempre e necessariamente nel dominio della legge, nè mai potremmo aver un dritto acquistato alla loro ulteriore osservanza. Quello su di che contrattando contiamo, quello su di che abbiamo un dritto, il quale non può venir rinvocato dalla legge senza che retroagisca, consiste nell'esecuzione del nostro contratto, nell'adempimento delle nostre stipulazioni, e non già nel modo con che la legge ci permetterà di arrivare a tale risultato.

Il modo di procedere è dunque regolato sempre dalla legge del giorno in che si agisce; ma uopo è però bene osservare che trattasi soltanto del modo di procedere, e non del merito.

Applichiamo siffatta distinzione ad un caso nel quale la corte di cassazione e Delvincourt pare siansi ingannati, sebbene la giurisprudenza li abbia dipoi seguiti.

Secondo l'art. 1912 (1784), quando il debitore di una rendita costituita per un capitale che il creditore non può esigere, per due anni consecutivi cessa di pagare l'interesse maturati, il creditore può chiedere il rimborso del capitale; mentre prima del codice il non pagamento degli arretrati non menava a questo rimborso forzato. Ora Delvincourt professa (nella nota già innanzi indicata), e la corte di cassazione ha giudicato con arresto del 6 luglio 1812, che per le rendite costituite prima del codice il rimborso può essere chiesto per detta causa, purchè due anni di non pagamento siano trascorsi sotto il codice, *alteso che è sempre nel potere del legislatore di regolare per l'avvenire il modo di esecuzione de' contratti*. Ma questa ragione, riprodotta poi da altri arresti della corte suprema, e da molti delle corti di appello, è evidentemente falsa nella specie. In essa non si tratta del modo di esecuzione, ma del merito; non si tratta di sapere quali forme si debba-

(1) Conf. Furgole, Merlin, Grenier; Brussels 15 tri-

malo anno XII; Rig. 3 gennaio 1810.

no seguire per far risolvere, ma se v'è dritto a far risolvere; non sono in discussione le formalità della risoluzione, sì bene le sue cause, le quali non possono essere che secondo la intenzione che ebbero le parti nel contrattare.

Nel prosieguo, spiegando l'art. 1912 [1784], tratteremo questa questione della risoluzione delle rendite costituite anteriormente al codice per mancanza di pagamento degli arretrati. Ciò che vogliamo per ora si è che sia ben compreso che se la legge non retroagisce quando cangia per l'avvenire il modo di esercitare, la forma di esecuzione di un dritto preesistente, evidentemente retroagisce quando mette mano allo stesso dritto.

XIII. — Tutto quello che concerne la prescrizione a contare dal giorno della pubblicazione di una nuova legge può essere regolato da questa, senza che in ciò vi sia retroattività.

La prescrizione è un mezzo di acquistare una cosa o di liberarsi da una obbligazione per un certo volgere di tempo. E, come faremo osservare più innanzi spiegando l'articolo 2219 [2125], una istituzione, di cui i varî legislatori han trovato il principio nella stessa natura, nella umana ragione, nelle regole della più sana morale, comechè talvolta possa offendere l'equità nelle sue particolari applicazioni. È una istituzione che il dritto civile non ha creato, ma tolto a prestanza del dritto di natura, modificandola secondo i bisogni de' tempi e de' costumi. Abolite ogni prescrizione, e dite ciò che addirebbe il possesso attuale de' territorî presso i diversi popoli; che diventerebbero in ciascuno stato le meglio consolidate, tra le private fortune?... La prescrizione è una delle basi fondamentali di ogni ordine internazionale, come di ogni ordine sociale. Adunque la prescrizione essenzialmente e nel più alto grado è un principio di ordine pubblico, un mezzo sempre disponibile nelle mani del legislatore, che può sempre e come meglio gli talenta mutarne il sistema, modificarne le regole, purchè questo sia soltanto per l'avvenire. Il cittadino non può mai avere un dritto attualmente irrevocabile, un dritto sin da ora acquistato, pel mantenimento delle regole oggi in vigore sopra simiglianti materie.

Sicchè se da dodici anni posseggo un immobile dotale, ed ai termini dell'art. 1561 [1374] (1) gl'immobili dotali durante il matrimonio sono imprescrittibili; qualora domani

sopraggiunga una legge che ne permetta la prescrizione, comunque i miei dodici anni di possesso anteriore a nulla mi giovinno, pure da domani in poi il mio ulteriore possesso, scorso il tempo stabilito, mi farà acquistare la proprietà dell'immobile. Ed al contrario se da diciannove anni posseggo una casa appartenente ad una donna maritata in comunione, casa che la legge attuale mi permette di prescrivere dopo venti anni, qualora domani sia pubblicata una legge che dichiara imprescrittibili gl'immobili di ogni donna maritata, la mia prescrizione, per la quale non mancava che un altro anno di possesso, non si compirà mai, qualunque sia la durata del mio ulteriore possesso.

Lo stesso deve dirsi in quanto al termine della prescrizione, dovendosi però aver l'accortezza di osservare che per l'avvenire si applica il termine della nuova legge sol quando sia più breve del precedente. Così Pietro da venticinque anni, al tempo della pubblicazione del codice civile, possedeva un immobile che pria non si poteva prescrivere che per un possesso di cento anni, e che dopo il codice, si può prescrivere con trent'anni. Egli non ne diventa proprietario dopo cinque anni dalla promulgazione del codice, abbenchè si trovi allora di aver posseduto per trent'anni; ma dopo un termine di trent'anni interamente decorso sotto il codice, o sia dopo un possesso in tutto di cinquantacinque anni.

La ragione di questa decisione è che si farebbe realmente retroagire la nuova legge se diversamente venisse applicata. Supponiamo di fatti, per rendere più chiara la dottrina, che il possesso di Pietro anteriore al codice sia stato di trentuno o di trentadue anni in vece di venticinque: se si partisse allora dalla idea che richiedendo il codice un possesso di trent'anni, basta aver posseduto trent'anni a qualunque epoca e sotto qualsivoglia legge, bisognerebbe dire che la prescrizione è stata compiuta e la proprietà acquistata da Pietro nell'istante medesimo della pubblicazione del codice. In guisa che il vero padrone si sarebbe immediatamente veduto privo e dell'antico e del nuovo termine, e perciò spogliato della sua proprietà senza precedente avviso. Egli direbbe, e con ragione: « Non è la legge antica che per me applicate, poichè quella mi dava cento anni per rivendicare; è dunque la nuova legge; ma di questa nuova legge voi

(1) Il nostro art. 1374 ha portato una modificazione all'art. 1561 del codice francese; difatti quest'ultimo è così concepito: « Gl'immobili dotali non dichiarati alienabili nel contratto di matrimonio sono imprescrittibili durante il matrimonio, a meno che la prescrizione non sia cominciata prima. — Es-i diventano nondimeno prescrittibili dopo la separazione dei

« beni, qualunque sia l'epoca in cui la prescrizione è incominciata. »

L'articolo nostro presso a poco suona lo stesso con diverse parole, toltene però le ultime segnate in carattere corsivo, che sono un pleonismo e nulla più nella redazione francese. (Nota del traduttore).

fate ricader gli effetti ad un periodo di tempo che era già decorso quando essa intervenne; dunque con tal sistema essa esercita la sua azione sul passato, essa retroagisce. » E questo ragionamento sarebbe vero, per quanto breve fosse il tempo anteriore al codice, che si toglierebbe per compire i trent'anni.

Quando dunque la seconda legge stabilisce un termine più breve che la precedente, bisogna stare all'antico termine, se si vuol prendere argomento dall'intero possesso; o pure, se si vuole invocare il termine nuovo e meno lungo, questo termine non si deve contare che dal giorno della nuova legge.

È certo che sarebbe altrimenti se la nuova legge prescrivesse un termine più lungo dell'antica. Allora per certo non si richiederebbe che il possesso più lungo, dalla nuova legge voluto, ricominciasse a decorrere per intero sotto la nuova legge; bisognerebbe solamente aggiungere al termine anteriormente richiesto, e di cui gli anni già scorsi conterebbero sempre, il termine che forma la differenza in più secondo l'ultima legge. Sicché quando possesso da ventiquattro anni, ed una legge oggi pubblicata non permette la prescrizione che dopo trent'anni, non in trenta, ma in sei anni acquisterò la proprietà. L'antico padrone non può pretendere che i suoi dritti siano stati lesi per nulla, non potrà dire che non si obbedisce interamente all'ultima legge; questo sarebbe falsissimo; imperciocché quest'ultima legge non introduce novità di sorte alcuna, non traccia una regola veramente nuova se non in quanto ai cinque anni che richiede di più. Ma dovrebbersi diversamente decidere se questa nuova legge richiedesse che i trent'anni di possesso fossero accompagnati da una circostanza dalla legge precedente non richiesta, circostanza che il mio possesso di ventiquattro anni non presentava. In tal caso la prescrizione potrebbesi compiere a mio vantaggio mercé un nuovo possesso di trent'anni, accompagnato dalla circostanza richiesta.

Ben si comprende che tutto questo spiegazioni, date nell'ipotesi della prescrizione per acquistare una cosa, sarebbero assolutamente

applicabili alle prescrizioni afflu di liberarsi da un'obbligazione.

È chiaro dunque che non è dare alla legge nuova un effetto retroattivo, quando secondo questa si regolano tutte le prescrizioni, le quali nel tempo della sua promulgazione non sono ancora cominciate, o solamente in via di compiersi, e che quelle solo che si trovano di già compiute sono fuori della sua influenza.

Da ciò ne deriva che l'art. 2281 [2187] (1), del codice civile (articolo necessariamente transitorio) non presenta una semplice applicazione di principj generali del dritto, ma una disposizione eccezionale e tutta di favore, nell'aver voluto che le prescrizioni cominciate prima della sua pubblicazione fossero regolate dalle leggi antiche, salvo la sola restrizione, che le prescrizioni per le quali si richiedevano più di trent'anni fossero compiute col decorso di trent'anni. Se questo articolo (di pura tolleranza fin nella sua stessa restrizione) non fosse stato scritto, e si fosse fatta l'applicazione de' principj, le nuove regole del codice avrebbero immediatamente colpito tutte le prescrizioni cominciate: di modo che qualche prescrizione che era sul punto di compiersi avrebbe potuto diventare impossibile; e qualche altra, per compiersi la quale richiedevansi quaranta o cinquant'anni, si sarebbe compiuta non già ne' trent'anni, ma, secondo le circostanze, in trenta, in venti od anche in dieci anni.

Siffatta verità non è stata generalmente compresa. Bigot-Préameneu, esponendo i motivi del titolo della prescrizione, diceva: « Debbesi evitare ogni effetto retroattivo, specialmente in materia di proprietà... Basta » che un diritto eventuale sia annesso alla prescrizione cominciata, perchè questo dritto » debba dipendere dall'antica legge (Fenet, » XV, p. 601). » Dopo ciò l'art. 2281 [2187] (2) parrebbe essere un' applicazione de' principj generali, una conseguenza del nostro art. 2 [2]; ed in fatti questo è appunto quel che insegna Duranton (I, n. 69-70).

Non bisogna credere che tale errore non produca conseguenze. Dal momento che si riconosce che l'art. 2281 [2187] (3) fa ec-

(1) Fra l'articolo francese e quello additato come corrispondente nelle nostre leggi, havvi una differenza di redazione, dipendente dalla diversità de' tempi e delle condizioni che accompagnarono le rispettive pubblicazioni: ecco perciò il testo dell'uno e dell'altro articolo.

Il primo è così concepito: « La prescrizione incominciata all'epoca della pubblicazione del presente titolo » saranno regolati in conformità delle leggi antiche. » Nondimeno le prescrizioni allora incominciate, e per cui bisognerebbero ancora, secondo le antiche leggi, » più di trent'anni a contar dalla stessa epoca, » sono compite col detto termine di trent'anni. »

Ed il secondo: « La prescrizione incominciata precedentemente al di primo di gennaio 1809 ne' termini

» al di qua del Faro, ed in quelli al di là del Faro precedentemente al giorno in cui le presenti leggi civili » saranno ivi in vigore, avranno rispettivamente la durata ordinata dalle leggi anteriori. Ciò non ostante, » se le anzidette prescrizioni secondo le leggi anteriori » fossero oltre i trent'anni, saranno estinte col decorso » di soli trent'anni. Per gli domini non però al di là » del Faro, se i vent'anni si compiano nel corso del » l'anno del di che le presenti leggi civili saranno ivi » in vigore, i trent'anni non si avranno per compiuti » che il di 31 di dicembre dell'anno 1820. » (Nota del traduttore).

(2) Veggasi la precedente nota (Nota del traduttore).

(3) Veggasi la precedente nota (Nota del traduttore).

cezione ai principj, si applicherà solamente per l'idea che prevede, cioè per la durata delle prescrizioni cominciate prima del codice, e solo per questa durata si seguiranno le leggi antiche; mentre se fosse un corollario di questi stessi principj, l'antica legge, sotto il cui impero è cominciata la prescrizione, dovrebbe essere seguita sotto tutti i rapporti. Di maniera che se i beni un tempo prescrittibili fossero dichiarati imprescrittibili dal codice, continuerebbero pure a prescrivere sotto il codice, per la sola ragione che la loro prescrizione sarebbe già cominciata. Ma non sarà certamente così; imperocchè, il ripetiamo pure di nuovo, l'art. 2281 [2187] (1) è una eccezione, ed in questa materia il principio è che la prescrizione costituisce una regola d'ordine pubblico, che il legislatore è sempre padrone di organizzare come meglio gli talents pel maggior bene della società, e che non fa nascere alcun dritto acquistato finchè non è compiuta (2).

XIV.—Nel cominciare le lunghe spiegazioni date su questo articolo diciamo che la non retroattività delle leggi è un principio che non ammette veruna eccezione in logica; imperciocchè sta nella essenza di una legge di comandare, di vietare o di permettere, e non si può permettere, vietare, comandare quello che è stato già compiuto. Una legge retroattiva è dunque impossibile in ragione; ma è ben altrimenti *in fatto*; cioè una legge non dovrebbe mai retroagire, ma nel fatto può, e talvolta avviene che retroagisca.

In verità una legge può benissimo essere illogica, ingiusta, tanto sotto il rapporto della retroattività che sotto qualunque altro: epure sarà nondimeno una legge, nè l'applicazione sarà meno obbligatoria pe' tribunali. Il legislatore (sia che questo nome indichi un solo uomo, sia che rappresenti, come oggi in Francia, la riunione di molte persone) può ingannarsi, o anche lasciarsi governare da ingiuste passioni; ma anche quando faccia male il legislatore può tutto: potendo egli nello stato sociale modificare, creare o togliere a suo piacimento le altre autorità, non vi potrebbe essere una sola autorità superiore alla sua. È vero che facendoci ad esaminare da un punto più elevato e sovra più larga base l'organizzazione delle umane cose, la mente discor-

re subito una nuova autorità alla quale è sottoposta l'autorità medesima della legge dell'uomo. Questa è la legge di Dio, la giustizia, la ragione, che costituiscono il vero dritto, e che quaggiù, manifestandosi per mezzo della pubblica opinione, cioè la coscienza delle masse, talvolta con la influenza de' costumi sulla legislazione, e tal altra col violento mezzo de' commovimenti sociali, più o meno prontamente producono il rovesciamento delle ingiuste leggi e la sostituzione del vero dritto al dritto apparente ed arbitrario; perchè non vi può essere dritto contro il dritto, secondo l'idea di Bossuet. Ma finchè una legge esiste, per quanto possa essere ingiusta o illogica sotto il tale o tal altro rapporto, il potere giudiziario non può far di meno di applicarla: *Dura lex, sed est lex*. Nel fatto dunque il legislatore può fare una legge retroattiva; e quantunque essa sia irragionevole, pure dovrà necessariamente applicarsi...

In due modi può retroagire una legge: due specie, o meglio due gradi di retroattività si possono immaginare.

L'uno consiste nel togliere dritti certi, stabiliti, irrevocabili, ma prima che ne abbia avuto luogo l'esecuzione. Così la legge degli 8 maggio 1816, abolitiva del divorzio, art. 2 e 3, dichiara che le sentenze e gli arresti renduti in questa materia, ma pe' quali l'uffiziale dello stato civile non aveva ancora pronunziato il divorzio, son limitati agli effetti della separazione personale, quantunque il codice civile accordasse agli sposi per presentarsi innanzi a questo uffiziale *venti giorni* ne' divorzi per mutuo consenso (art. 294) o *due mesi* negli altri (art. 266) (3):

La seconda retroattività, o meglio la retroattività del secondo grado, più energica od anche più rara della prima, è quella che si spinge fino ad annullare i dritti non solo già acquistati, ma anche eseguiti. Se ne hanno degli esempi nella legge del 17 nevo anno II (6 gennaio 1794). Così l'articolo 1 dichiara nulle tutte le donazioni tra vivi fatte dopo il 14 luglio 1789, cioè da quattro anni e mezzo indietro, a contare dalla sua promulgazione, *tanto quelle eseguite da molto tempo*, che quelle la cui esecuzione non ancora aveva avuto luogo. Parimenti annulla le istituzioni contrattuali rimontanti ad un'epoca qualunque, ma

(1) Veggasi la precedente nota (Nota del traduttore).

(2) Delvincourt, Merlin (Rapport. v.° Prescr.) Lagrange (Esame crit. p. 23), Troplong (Prescr. n. 1073), Blinodrau (Rece. di Sir. IX, 1, 283), Demolombe (1-61) casazione (d' un arresto di Bourges), 8 agosto 1837 (Devil. 37, 1, 679).

Duranton nella sua edizione aumentata della nuova giurisprudenza non cita questo arresto di cassazione, e riporta cinque arresti anteriori al 1819, che pretende conformi alla sua dottrina. È questo un er-

rore. Nessuno de' cinque arresti suddetti decide la questione.

(3) I due articoli del codice francese citati dall'autore sono stati perfettamente tolti nelle nostre leggi, che non hanno in nessun tempo ammesso il divorzio, cui i medesimi eran relativi; che anzi, poichè breve vita ebbe lo stesso tra noi durante l'impero del codice francese, prima pure che le leggi civili fossero venute ad abrogarlo, fu con decreto del 13 giugno 1815 formalmente vietato. (Nota del traduttore).

il cui autore fosse morto (e per conseguenza *averata l'esecuzione*) dopo la medesima epoca del 14 luglio 1789. L'art. 3 chiama a raccogliere le successioni aperte da quella stessa epoca in poi i religiosi, i quali nel tempo della loro apertura erano incapaci di succedere; e l'art. 9 prescrive che le successioni aperte dopo questo tempo sian divise in porzioni uguali fra i diversi eredi, non ostante tutte le leggi, le consuetudini, e le contrarie donazioni, e *malgrado le già eseguite divisioni*.

Del rimanente non si deve poi credere che una legge perchè retroattiva sia per ciò solo contraria all'equità. Infatti può accadere che essa abbia per fine di arrestare il più presto che sia possibile l'applicazione di una legge precedente riconosciuta ingiusta. Così avviene per esempio della retroattività che si accorda ad una legge penale più mite di quella che la precedeva. La contraddizione a' veri principii del diritto deriva allora piuttosto dalla legge antica che dalla nuova, la cui retroattività è il più pronto possibile ritorno a questi stessi principii.

3 [5 e 6]. — Le leggi di polizia e di sicurezza obbligano tutti coloro che dimorano nel territorio.

I beni immobili, ancorchè posseduti da stranieri, sono regolati dalla legge francese.

Le leggi che riguardano lo stato e la capacità delle persone regolano i francesi, ancorchè residenti in paese straniero (1).

SOMMARIO

- I. Nuova e tripartita divisione della legge. — Tre significati della espressione legge personale.
- II. Delle leggi di polizia. — Esse obbligano tutti coloro che abitano il territorio francese, eccetto gli agenti diplomatici delle potenze.
- III. Delle leggi reali e delle leggi personali. — D-distinzione di bene intendere la distinzione. — Mezzo per giungerci.
- IV. Esempi di leggi reali e di leggi personali. Breve di Cato-Delila.
- V. Grande importanza di questa distinzione. — Buona emersione che vi si trova con i francesi sottoposti alle leggi reali, francesi, come si sono della persona francese sottoposti alle leggi personali francesi. — Conseguenza. — La parola residente del terzo comma non è mezzo in opposizione a domicilio.
- VI. I beni mobili debbono essere regolati dalla legge del paese dove attualmente si trovano. — Deroganza dalla generalità degli agenti.
- VII. Vi è eccezione alla regola dell'articolo per le leggi che determinano la forma degli atti. Per questo deve seguirsi sempre la legge del paese dove l'atto si forma.

I. - Questo articolo ci presenta una nuova classificazione delle leggi, la quale sotto il

(1) All'art. 3 del codice francese corrispondono le disposizioni contenute negli art. 5 e 6 delle nostre leggi civili, di cui per far comprendere la diversità diamo qui il testo originale:

Art. 5. « Le leggi obbligano tutti coloro che dimorano nel territorio del regno, siano cittadini, siano stranieri domiciliati, o di passaggio.

Art. 6. « I nazionali del regno delle Due Sicilie, e ancorchè residenti in paese straniero, sono soggetti

Marcodé T. I.

rapporto del loro oggetto le divide in tre specie:

1.° Le leggi di polizia;
2.° Quelle che si occupano particolarmente de' beni, e che chiamansi *leggi reali o statuti reali*;

3.° Quelle che determinano lo stato e la capacità delle persone, e che chiamansi *leggi personali o statuti personali*.

A primo aspetto sono personali tutte le leggi, alcuna eccettuatane. Infatti tutte sono dirette alle persone, essendo impossibile e in fatto e in teoria di comandare, vietare, o permettere checchè sia alle cose; inoltre le diverse leggi date dalla umana autorità sono tutte nell'unico interesse delle persone. *quorum causa jus constitutum est*, dice con ragione Giustiniano al principio del libro 1.° delle sue *Instituta*.

Ma se tutte le leggi sono necessariamente personali, quando si considerano gli esseri ai quali si riferiscono, e pe' quali sono fatte; ben si comprende che quando poi si riguardano sotto il rapporto dell'oggetto che vogliono regolare si possono dividere, e dividersi naturalmente in due classi, secondo che si occupano delle persone esclusivamente in se stesse, o al contrario delle cose con le quali queste persone sono in relazione. Sotto questo rapporto dunque vi sono le *leggi delle cose* in contrapposto alle *leggi delle persone*; le leggi reali allate alle leggi personali; presentando così questa espressione un secondo significato più ristretto di quello che aveva nel comma precedente.

Intanto le leggi personali, così contrapposte alle leggi reali, si suddividono ancora in due classi, secondo che si occupano delle persone solamente per quanto abitano nel territorio, o che ad esse si attaccano per seguirle dappertutto. Nel primo caso chiamansi *leggi di polizia*; nel secondo conservano in un senso tutto speciale il nome di *leggi personali*, preso allora in una terza ed ultima significazione. In tal modo si ha la tripartita divisione di leggi di polizia, leggi reali, e leggi personali.

II. — Le leggi di polizia e di sicurezza sono quelle che hanno per oggetto il mantenimento del buon ordine e della pubblica tranquillità. Esse obbligano tutti coloro che dimorano nel territorio, senza eccezione alcu-

« alle leggi che riguardano lo stato e la capacità delle » persone. »

Da ciò si vede essersi modificate con l'art. 5 la disposizione contenuta nel primo comma dell'articolo francese: essersi soppressa quella del secondo comma, che viene come conseguenza della precedente; ed essersi conservata con l'art. 6 quella del terzo comma. [Nota del traduttore.]

na, compresi gli stranieri. E per verità è giusto che, essendo essi medesimi protetti da queste leggi, le rispettino alla lor volta, e non abbiano l'assurdo privilegio di venire impunemente ad arrecare torbidi nel paese che loro accorda l'ospitalità. Lo straniero dunque, mettendo piede sopra il suolo di una nazione, deve comprendere che *ipso facto* è obbligato a rispettare tutte le leggi di polizia che ivi sono in vigore.

Nondimeno gl'inviati di un governo, rivestiti di un carattere rappresentativo, quali sono gli ambasciatori, non sono giudicabili da' tribunali francesi. Essi non si debbono riguardare quali semplici particolari, ma come il popolo che rappresentano. Le doglianze che si potrebbero muovere contro i medesimi debbono esser fatte al governo, il quale adoprerà le convenevoli misure con la nazione cui appartengono (Leg. del 13 ventoso anno II.) Nell'esposizione de' motivi del 4 ventoso anno XI Portalis, parlando della regola posta nel primo comma del nostro articolo, diceva: « Noi non parliamo degli ambasciatori; » quello che riguarda costoro è regolato dal diritto delle genti e da' trattati (Fenet, p. 356). »

III. — Come innanzi si è detto, le leggi personali sono quelle che trattano particolarmente delle persone, e con le quali il legislatore ha per fine precipuo di regolarne lo stato, e determinarne la più o meno estesa capacità, che ne è la conseguenza. Le leggi reali sono quelle che principalmente riguardano i beni, la loro conservazione in poter dell'individuo o della sua famiglia, i modi di trasmetterli, ec.

Così gli articoli del codice civile che determinano con quali condizioni diviensi francese, per quali ragioni tal qualità si perde, a quale età e col consenso di quali persone si può ciascuno maritare, quali figliuoli sono legittimi, quale è la potestà de' genitori su i figli, a quale età si diviene maggiore, in quali casi una persona può essere interdetta, quali sono gli effetti della interdizione e della minore età ec. ec. sono tutti statuti personali.

Per l'opposto le disposizioni con le quali il legislatore indica quali beni si debbono riguardare come mobili, quali altri come immobili; quali dritti e quali obbligazioni possono esservi tra una proprietà ed un'altra a motivo della loro vicinanza; da chi e secondo quali regole sono raccolti i beni lasciati da un defunto ec. formano gli statuti reali.

Nelle menzionate leggi la distinzione di statuti reali e personali chiamante apparisce; ma vi ha però de' casi, in cui, sebbene que-

sta distinzione sia importantissima a conoscersi, è molto difficile a bene intendersi. Una legge che a primo aspetto sembrerà tutta personale, dopo più diligente esame dovrà collocarsi infra le leggi reali, o viceversa.

Nè può altrimenti avvenire; imperciocchè il legislatore, per regolare in tutti suoi effetti la capacità delle persone, deve certamente parlare de' beni, principale oggetto di questa capacità; similmente con le leggi che riguardano i beni, la loro conservazione nella famiglia, la loro trasmissione ec., bisogna necessariamente parlare delle persone le quali potranno o non potranno ricevere o trasmettere, acquistare o alienare questi stessi beni. Dunque avverrà spesso che una legge abbia simultaneamente per oggetto e le persone e i beni, ed allora vi sarà molta difficoltà nel definire se sia reale o personale. Or come si risolverà una difficoltà di tal natura?

Burtolo insegnava che bisogna decidersi unicamente per la redazione della legge; che se una legge dice: *il primogenito succederà ne' beni del defunto*, sarà personale; mentre sarebbe reale se dicesse: *i beni del defunto passeranno al primogenito*. Ma è chiaro che questo metodo si oppone al buon senso. La ragione ne dice che bisogna occuparsi delle cose e non delle parole; e che il solo mezzo di bene intendere la distinzione sta nel fare astrazione interamente dalla maniera in cui la legge è redatta, per ricercare lo scopo definitivo ed ultimo che si è voluto conseguire nel dar fuori questa legge, ed il pensiero principale che ha occupato il legislatore allorchè l'ha scritta.

Quando la legge ha principalmente per mira la capacità delle persone: quando vuole regolare o intende spiegare questa capacità, indicandone gli effetti; quando la disposizione che si riferisce ai beni è la conseguenza di questa capacità, allora la legge è personale. Quando al contrario il legislatore si occupa principalmente de' beni, de' suoi modi di trasmetterli, de' modi di conservarli, ec.; quando stabilisce l'incapacità della persona come mezzo per giungere a questo scopo, allora lo statuto è reale, qualunque fossero i termini della disposizione.

IV. — Secondo questa regola, si comprenderà che gli art. 913, 914, 915, [829, 830, 831] (1) ec., de' quali favellammo sotto il precedente articolo, e che stabiliscono la quota disponibile de' beni, sono statuti reali.

Di fatti quando il legislatore vieta ad un padre di disporre di una parte del suo patrimonio, non vuol regolare la capacità del pa-

(1) Il primo e l'ultimo degli articoli citati dall'autore sono stati variati in quanto alle loro disposizioni da quelli indicati come corrispondenti nelle nostre

leggi civili, siccome vedremo a proprio luogo (Nota del traduttore).

dre. Questo divieto, osservarsi bene, diventa più rigoroso a misura che è maggiore il numero de' figli (1); ma perchè sarebbe più incapace quando ha due figli che quando ne ha un solo; quando ne ha tre che quando ne ha due?... È chiaro, che qui il legislatore, modificando la capacità della persona secondo le circostanze, ha di mira un ulteriore risultamento; la capacità è il mezzo, non il fine. Il fine è quello di assicurare ai figli la trasmissione di una porzione de' beni paterni. Per siffatta ragione il divieto di donare cade sopra una porzione maggiore a misura che aumentasi il numero de' figli. Adunque l'incapacità del padre (se qui può adoperarsi questa parola) non è il fine vero ed ultimo del legislatore; essa è stabilita come mezzo per giungere alla conservazione de' beni; il punto regolato da questi articoli è uno degli elementi costitutivi del nostro sistema di successione: quindi essi sono statuti reali. Ne sorprende come questa verità, dopo di noi proclamata da Demolombe (1. 80), non sia stata compresa da Coin-Delisle (V. nel nostro vol III. le osservazioni che precedono l'art. 913).

Per queste stesse ragioni fra gli statuti reali bisognerà annoverare la disposizione dell'art. 908 [824] del codice civile. Con questo articolo il legislatore, dopo avere statuito nell'art. 757 [674] (2) la porzione dei beni che il figlio naturale potrà reclamare nella successione del padre che l'abbia riconosciuto, rigorosamente vieta di far pervenire a questo figlio, nè per donazione, nè per testamento, una porzione maggiore di quella indicata; in guisa che spesso il padre non potrà dare ad un figlio naturale neanche quello che validamente darebbe ad un estraneo.

E si potrebbe a primo aspetto essere indotto a credere che l'art. 908 [824] sia uno statuto personale. Si direbbe: esso non ha per fine di assicurare agli eredi legittimi la trasmissione della porzione de' beni che vieta di donarsi al figlio naturale, perchè permette di dare questa medesima porzione ad ogni altra persona. Quel che il legislatore ha principalmente di mira in questo articolo è il figlio naturale in sé stesso, perchè *egli solo* è dichiarato incapace di ricevere quella porzione, certamente a cagione della sua qualità di bastardo, che lo fa guardare con occhio sfavorevole. La legge non si dà pensiero della

trasmissione di quei beni, della persona a cui passeranno, giacchè permette donarli a chi piacerà, eccetto soltanto il figlio naturale. Esso è dunque il solo obbietto che il legislatore ha in mira; e l'unico fine dell'art. 908 [824] è di stabilire una incapacità nella sua persona a cagione della sua condizione di figlio naturale. Questo articolo è dunque uno statuto personale.

Per ingegnosa che sia siffatta argomentazione, pur nondimeno sarebbe malamente inteso il pensiero del legislatore ammettendone la conclusione.

Quando il legislatore, dopo aver determinato le proporzioni nelle quali vuole far passare i beni di un defunto a tali legittimi eredi, o ai figli naturali, severamente vieta di far pervenire a questi ultimi una porzione maggiore di quella da lui determinata, quale è il suo scopo definitivo? È unicamente quello di confermare in quanto ai figli naturali, e di rendere relativamente ad essi stabile ed indipendente dalla contraria volontà dell'uomo il sistema di successione da lui adottato. La sua idea principale non è certamente di stabilire una incapacità nella persona del figlio naturale, tanto che nell'art. 758 [674] (3) ha disposto che prenderà la totalità de' beni, quando non vi saranno parenti legittimi; l'incapacità scritta contro di lui dunque non è che momentanea e relativa, non esiste che in quanto vi siano parenti legittimi; essa non è come scopo *definitivo ed ultimo* dell'art. 908: [824], ma si bene come mezzo per conservare i beni nella legittima famiglia. Che se poi si è severamente vietato in rapporto a questo figlio quel che si è permesso in rapporto a tutti gli altri, ciò è stato perchè il legislatore ha ben compreso che una donazione fatta fuori le regole della successione legittima era molto più a temersi, e più facile ad avverarsi in pro di un figlio naturale che di un estraneo: *lex arctius prohibet, quod facilius fieri putat*. L'art. 908 [824] dunque non è che un mezzo di confermare il sistema delle successioni; è il compimento necessario di una parte di questo sistema; è scritto per afforzare l'art. 757 [674] (4). Esso è quindi uno statuto reale.

Certamente è pure uno statuto reale quello che dichiara inalienabili gli immobili che gli sposi maritandosi sottopongono alla regola dotale (art. 1354 [1367]). Questa proibizione non si è fatta col fine principale di stabi-

(1) C'è ombra d'avere per le nostre leggi essendo sempre la stessa la quota di riserva stabilita in favor de' figli, sia uno solo che rimane erede o più. (Nota del traduttore).

(2) L'articolo nostro indicato come corrispondente all'articolo francese ha riunite le disposizioni dettate dallo stesso, dall'art. 756 che lo precede, e dall'art.

758 che lo segue nel codice francese: an di che, e sulle modificazioni recate dal detto nostro articolo a tre articoli francesi ritorneremo quando l'autore arriverà a trattar de' medesimi. (Nota del traduttore).

(3) Le cose dette nell'ultima precedente si ripetono in questo luogo (Nota del traduttore).

(4) Veggasi la nota precedente. (Nota del trad.).

lire una incapacità nella persona della moglie o del marito. Siffatta incapacità è un mezzo, non già un fine: essa è scritta per impedire che questi immobili escano dalla famiglia, e per assicurarne la conservazione alla moglie ed ai figli. E parimenti uno statuto reale, come l'ha riconosciuto il Demolombe (1-82), la disposizione dell'art. 747 [670] (1), che dopo la morte del donatario fa tornare agli ascendenti donanti i beni da essi donati, e che si trovano in natura nella successione; e quantunque il Duranton (1-46) dica che può dubitarsene, e non osi risolvere la questione, pure il dubbio non parmi possibile, giacchè nel citato articolo si contiene un modo di trasmettere i beni, una regola del sistema di successione *ab intestato*.

Al contrario l'art. 905 [821] (2), che proibisce alla donna maritata di fare una donazione senza il consenso del marito; l'art. 934 [858] (3), che le vieta di ricevere cosa alcuna per donazione senza lo stesso consenso; l'art. 1549 [1362], che le vieta di vendere un solo immobile senza questa medesima condizione; sono tutti statuti personali. Per verità essi sono la conseguenza dell'art. 217 [206] (4), il quale in modo generale dichiara la donna maritata incapace di contrattare senza il consenso del marito. In questi e in altri simili casi, se i beni trovansi sottoposti alla proibizione, ciò è accessoriamente, accidentalmente, e come conseguenza di fatto di un principio il cui fine è di mantenere la donna in quella dipendenza che deve al marito come capo della coniugale società. Questa dipendenza è riguardata dal legislatore come richiesta dall'ordine pubblico, in modo che non si potrebbe nel contratto di matrimonio sottrarsi con clausole espresse, come è detto nell'art. 1388 [1342] (5). I menzionati articoli sono dunque statuti personali. Lo stesso deve dirsi delle disposizioni che dichiarano nulla la vendita acconsentita da un interdetto, la donazione fatta da un minore; imperciocchè esse sono la conseguenza della generale incapacità di alienare e di contrattare, con la quale la legge colpisce il minore e l'interdetto.

In una parola, ogni qualvolta una legge nelle sue espressioni si occuperà simultaneamente della persona e de' beni; ogni volta che parrà avere per oggetto e la capacità di questa persona, e la conservazione o la tras-

messione de' beni, bisognerà applicare questa regola:

Se il divieto di alienare o di acquistare, di trasmettere o di ricevere, è la conseguenza o uno degli effetti di una incapacità generale della persona, la legge è personale; nel caso opposto, siccome non è più lo stato della persona quello che si è voluto regolare, lo statuto è reale.

V. — Ricerchiamo intanto l'importanza, la forza, e la conseguenza di questa distinzione delle leggi in reali e personali.

Dalle parole del nostro articolo risulta che le leggi le quali si applicano agl'immobili regolano questi, ancorchè appartengano agli stranieri; e che le leggi personali si applicano ai soli francesi, ma li seguono anche in paese straniero.

Questo fa comprendere che bisogna rigettare l'idea, dalla quale facilmente si potrebbe essere preoccupato, che niuno possa mai essere sottoposto ad altre leggi che a quelle del suo paese. Infatti è chiaro che l'applicazione di tale o tal altro statuto, fatta ad una proprietà, necessariamente si riflette sulle persone le quali, per effetto dello statuto medesimo, si trovano di potere o non potere trasmettere o ricevere la proprietà di cui si tratta. Quest'azione delle leggi francesi su i beni appartenenti agli stranieri, e per conseguenza su gli stessi stranieri, a primo aspetto può far maraviglia, ma intanto nulla avvi di più naturale e di più logico.

Il sovrano ha potestà tanto sulle proprietà che formano il suo territorio, che sulle persone che formano il suo popolo; e siccome niuna di queste persone può sottrarsi alla sua sorveglianza, così veruna di queste proprietà può essere sottratta alla sua amministrazione. L'azione che egli esercita su i beni è più stabile e più compiuta di quella sulle persone; poichè queste si possono sottrarre alla sua azione, o in fatto, o anche in diritto, rinunziando alla qualità di francesi. Inoltre sarebbe un ferire l'indivisibilità della sovranità il permettere che un territorio sia giuridicamente diviso, per essere poi queste diverse parti regolate da leggi emanate da diversi legislatori. E dunque della essenza delle cose che tutti gl'immobili, che compongono il territorio di una nazione, siano regolati dalle leggi di questa nazione; e logicamente siamo condotti a riconoscere *cose francesi, inglesi,*

(1) Alcune agglunzioni sono state portate dall'articolo nostro alle disposizioni dettate su tale oggetto dall'articolo francese, come a proprio luogo vedremo. (Nota del traduttore).

(2) Anche dall'art. 905 del codice francese il corrispondente nostro art. 821 differisce per una modifica di redazione, che seguiteremo a proprio luogo. (Nota del traduttore).

(3) Per questi articoli si osserva pure quello che si è detto nella nota precedente. (Nota del traduttore).

(4) L'articolo nostro fa però una eccezione non prevista dall'articolo francese, che addurremo allorchè l'autore tratterà del medesimo. (Nota del traduttore).

(5) Questo articolo è stato modificato in quanto alla sua redazione per renderlo adatto alle nostre leggi, come si vedrà in prosieguo. (Nota del traduttore).

alemanne ec., sottoposte alle leggi reali francesi, inglesi, alemanne ec., come riconosciamo persone francesi, o straniere, sottoposte alle leggi personali francesi, o straniere.

Adunque vi sono le leggi delle cose come le leggi delle persone; e allo stesso modo che il risultato delle nostre leggi personali può formolarsi, dicendo: *le persone francesi possono o non possono . . .* (maritarsi prima di una data età, disporre de' loro beni in certe circostanze), *in qualunque luogo esse si trovino*; si potrebbe pure il risultato delle leggi reali formulare dicendo: *le cose francesi possono o non possono . . .* (per esempio, uscire dalla famiglia per più della metà, quando in questa vi è un figlio legittimo), *a qualunque proprietario tali cose si appartengano*.

Così la legge che determina l'età competente pel matrimonio essendo uno statuto personale, *le persone francesi non potranno maritarsi prima dell'età richiesta dalla legge francese*, cioè diciotto anni per i maschi e quindici anni per le femmine (art. 144 [152]) (1). Se dunque una donna francese andasse a maritarsi a quattordici anni in un paese nel quale la legge permette il matrimonio a questa età, il suo matrimonio sarebbe nullo. Del pari la legge che stabilisce la maggiore età essendo personale, *una persona francese, ai termini dell'art. 488 [411] (2), non può essere maggiore che a ventun'anno, e lo sarà sempre a ventun'anno, ovunque vada*, ed ancorchè la legge del paese nel quale si trovi fissasse la età maggiore in una età più o meno inoltrata. Similmente (poichè la legge personale straniera segue pure lo straniero in Francia), gli alemanni che vengono a dimorare in Francia rimangono sempre minori fino a venticinque anni, imperocchè a quest'epoca si addiventa maggiore secondo le leggi alemanne. — Similmente ancora la legge che stabilisce se e come un figlio naturale può essere legittimato, essendo uno statuto personale, ne segue che *una persona francese può essere da per tutto legittimata per susseguente matrimonio del padre e della madre*, giusta l'art. 331 [253] (3). Dunque il figlio naturale francese sarebbe legittimato col matrimonio che contrarrebbero il padre e

la madre eziandio in Inghilterra, ove non è ammessa la legittimazione per susseguente matrimonio; reciprocamente un bastardo inglese rimarrebbe bastardo, malgrado il matrimonio che il padre e la madre venissero a contrarre in Francia.

Del rimanente si comprende che queste leggi sono state denominate specialmente *leggi personali*, appunto perchè, regolando lo stato e la capacità delle persone, le seguono da per tutto. Le leggi di polizia non regolano le persone se non accidentalmente ed in quanto abitano nel territorio, mentre le altre non lasciano giammai le persone francesi (finchè continuano ad essere francesi): esse le seguono in ogni paese straniero, non solo quando vi hanno una semplice residenza, come potrebbe indurci a credere il terzo comma del nostro articolo, ma pure quando ivi sono domiciliate. Esse sono quindi *persone personali* per eccellenza.

L'effetto diverso delle leggi reali è bene agevole ad intendersi.

Così gli articoli che determinano la quota disponibile de' beni essendo statuti reali, cioè leggi che regolano non più le persone, ma le cose, ne segue che quando una persona (poco importa se francese o straniera) ha un figlio legittimo, *questi beni non si possono togliere a questo figlio legittimo per più di una metà* (art. 913 [829]) (4). Se dunque uno straniero che posseda immobili in Francia, e che abbia un figlio legittimo, ha disposto di tutti i suoi beni in favore di un terzo, la disposizione sarà ridotta in quanto agli immobili di Francia, e il figlio prenderà la metà di quest'immobili. — Supponiamo ora che questo straniero abbia oltre del suo figlio legittimo un figlio naturale, e che abbia donato a quest'ultimo la metà de' beni siti in Francia. L'art. 908 [824] essendo uno statuto reale, che dispone: *I beni francesi non possono mai passare ad un figlio naturale, che nella porzione dell'art. 757 [674] (5), si applicherà l'art. 908 [824]*; e siccome questo articolo, messo in relazione coll'art. 757 [674] (6), vuole che il figlio naturale prenda la metà del terzo, cioè un sesto (7), il figlio legittimo prenderà le altre cinque seste parti de' beni francesi, non ostante la disposizione con la

(1) Il nostro articolo stabilisce per i maschi l'età di anni quattordici e per le femmine quella di anni dodici, prima di cui loro non è permesso di contrarre matrimonio (Nota del traduttore).

(2) Il nostro articolo ha aggiunto all'articolo francese una restrizione, che additeremo quando l'autorità avrà ad occuparsi di quello. (Nota del traduttore).

(3) Tra l'articolo francese ed il nostro vi ha una differenza di redazione, per cui il primo dispone che per lo susseguente matrimonio i figli naturali potranno essere riconosciuti, mentre il secondo per lui fatto li di-

chiara due: voi intendere ipso jure riconosciuti. (Nota del traduttore).

(4) L'articolo nostro ha riformato il francese, come già dicemmo a pag. 42 nota (1). (Nota del traduttore).

(5) Ved. nota 2, pag. 43 (Nota del traduttore).

(6) Ved. la nota precedente. (Nota del traduttore).

(7) Per virtù del nostro art. 674 il figlio illegittimo succede nella metà di ciò che gli sarebbe spettato se il padre non abbia lasciato figli, discendenti o ascendenti legittimi: ne' due terzi quando vi son coesistenti in grado successibile; e nella totalità in mancanza di questi. (Nota del traduttore).

quale il padre attribuiva al figlio naturale la metà di questi stessi beni.

VI. — Il nostro articolo non parla, e noi non abbiamo finora parlato che degl'immobili; che bisogna decidere de' mobili?

I mobili finchè si trovino in Francia parmi che siano sottoposti assolutamente come gl'immobili alla legge francese; questi sono delle cose, e debbono essere regolati dalla *legge delle cose*, dalla legge reale del paese. Così i mobili di uno straniero dimorante in Francia non potrebbero essere sequestrati e venduti che a norma della legge francese. Se questi stessi mobili cadessero in possesso di una persona la quale per errore se ne credesse proprietaria, essa per ciò solo ne addiverrebbe proprietaria ai termini dell'art. 2279 (2185), il quale prescrive che in fatto di mobili il possesso anche istantaneo ne fa acquistare la proprietà per mezzo della prescrizione (purchè il possesso sia di buona fede, ed i mobili non siano stati perduti, nè involati). Non vi sarà per tal fatto l'obbligo di consultare la legge del paese dello straniero.

Nondimeno questo principio, che i mobili, come gl'immobili, debbono seguire la legge del paese, in che si trovano, non è ammesso in egual modo da tutti i giureconsulti; e la maggior parte, quantunque ne conceda gli ultimi punti ora indicati, ne rigetta il primo, del quale quelli sono conseguenze... Generalmente si stima che i mobili sono regolati non dalla legge del paese in che si trovano, non da quella del paese a cui appartiene il loro proprietario, ma sì bene da quella del paese in cui il proprietario ha il suo domicilio. Così se un inglese che abbia in Francia una grande fortuna mobiliare, sia in capitali dati a mutuo, sia in rendite su i particolari e sullo stato, vada a stabilire il suo domicilio in Spagna, non la legge francese, nè la inglese, secondo questa dottrina, dovrà applicarsi a questi mobili; ma sì bene la legge spagnuola. Questa bisognerà seguire per decidere a chi questi beni dovranno passare alla morte del proprietario, e per regolare le disposizioni tra vivi o testamentarie che ne potrebbe far. La ragione che si dà di questa decisione è che i mobili sono ambulanti, come la persona stessa, e che perciò dev'essere ritenere non aver essi una situazione loro particolare e propria (1).

Confessiamo che, sebbene sia geocralmente ricevuta questa dottrina, pur nullameno non ci sappiamo indurre ad accettarla; essa ne pare illogica e senza alcun fondamento legale.

Senza dubbio l'azione della legge su i mobili non ha una gran forza, e può essere agevolmente elusa; imperciocchè, sottoposti oggi alla legge francese, domani il potranno essere alla legge inglese, alla quale potranno pure essere sottratti quando il proprietario il voglia. Questa è probabilmente la ragione perchè il legislatore non ne ha parlato; ma ha rivolta la sua attenzione alle sole cose capaci di una costante sommissione alla legge. Gl'immobili, non potendo essere altrove trasportati, restano sempre sotto l'azione della legge reale; le persone, quantunque viaggiasse da un paese all'altro, sono scritte sempre e dappertutto dalla legge personale, finchè acconsentono a rimanere francesi: vi è dunque per i primi un legame di fatto che non può essere rotto, e per le seconde un legame morale, che sussiste malgrado il passaggio della persona da un territorio ad un altro. Per i mobili all'opposto non vi potrebbe essere nè il legame di fatto, nè il legame morale; essi dunque, ed essi soli, sfuggono l'azione costante della legge; e, il ripetiamo, per questa sola ragione il legislatore non ne ha parlato. Ma infine, sebbene il codice taccia, bisogna però che i mobili siano soggetti ad una legge qualunque. E non è ben naturale che siano soggetti a quella del sovrano sotto il potere del quale attualmente si trovano? Essi sono reputati, dicesi, di non avere situazione particolare. Ma perchè reputarli non avere alcuna situazione quando col fatto ne hanno una? Si risponde, appunto perchè sono ambulanti, perchè essendo oggi in Francia, domani possono essere in Inghilterra. Ma il domicilio, con la legge del quale voi volete regolarli, non è egli pure ambulatorio? Oggi in Spagna, e fra un mese non può essere in Russia? Perchè dunque rigettare la realtà per ammettere una finzione, quando specialmente questa finzione non si fonda in nulla e a nulla serve? E non solamente a nulla serve, ma è altresì più incomoda della realtà medesima, perchè pone i suoi fautori nella impossibilità, che li forzino a dare indietro innanzi ad essa. Ed in vero, come il sovrano del paese del domicilio, per esempio della Francia, farà rispettare le sue leggi sopra i mobili che si trovano fuori de' paesi sottoposti al suo potere, a mo' d'esempio in Persia?... Può un legislatore logicamente comandare ciò che sa non aver la forza di far eseguire? Giacchè la sommissione de' mobili a questa o quell'altra legge non può essere che precaria ed instabile, è meglio riconoscere la sommissione instabile alla legge del paese ove si trovano

(1) Dumoulin su Orleans art. 23, D'Argentré (Bretagna art. 218). Bouhier (Burgogna cap. 23). Boileau (l. p. 338). Fother (delle cose § 3). Merlin

(Repert. v. legge § 6), Chabot (art. 726), Duranton (l. 1, 90). Zachariae (l. p. 56). Valette (sopra Proudh. l. p. 97).

che la sommissione similmente instabile alla legge del domicilio. Col sovrano del paese ove si trovano sono *realmente* in relazione, al suo potere *realmente* e di fatto sono sottoposti; quindi non si può, purchè non vi siano a tal riguardo speciali leggi pubblicate da diversi legislatori, dichiararli per finzione sottoposti all'autorità di un altro.

La corte reale di Rouen ha dunque ben giudicato, a mo' nostro di vedere, quando ha deciso che i beni sì mobili che immobili, che si trovavano in Russia, erano stati validamente acquistati dalla persona messa in possesso di quei beni, in virtù delle leggi e de' giudicati russi, sebbene il sig. Cardon, della successione del quale trattavasi, nel tempo della sua morte fosse domiciliato in Francia, e non avesse che una residenza in Pietroburgo (1).

VII. — Al principio innanzi esposto, che le leggi reali regolano tutti i beni che sono in Francia, e che le leggi personali seguono le persone francesi dappertutto, bisogna fare una eccezione per una certa classe di leggi.

In fatti le leggi che determinano le forme da seguirsi per la riduzione di un atto, per la stipulazione di un contratto, sono reali o personali, secondo che l'atto pel quale si applicano riguarda la proprietà de' beni o lo stato delle persone. Ma siccome è di necessità, allorchè la validità dell'atto è sottomessa all'adempimento di tale o tal altra forma, indirizzarsi ai funzionari del paese ove uno si trova, e che questi non possono strumentare che a norma delle regole stabilite dal potere che li ha istituiti, ne segue che per la forza stessa delle cose debbesi dovunque reputare regolare l'atto fatto secondo le leggi del paese in cui è stato redatto. Perciò è universalmente ricevuta questa massima: « *Locus regit actum* » (cioè la legge del paese determina le formole dell'atto); massima che vedremo anche dal nostro legislatore applicata negli art. 47, 170 e 999 [49 e 925] (2).

Nel progetto del nostro titolo preliminare eravi un articolo che formalmente diceva: « La forma degli atti è regolata dalla legge del paese nel quale si redigono ». Questo articolo fu rigettato perchè indicava una verità talmente incontestabile, che era inutile scriverla nel codice (*Rapporto* del tribuno Andrieux; Fenet, VI, p. 66).

(1) Conf. Lagrange (*Examen crit.* p. 32.); Rouen, 25 maggio 1813; Riom, 7 aprile 1835; Cassaz., 29 agosto 1837 (*Dev.* 39, 2, 374; 37, 1, 763).

(2) I due articoli indicati come corrispondenti nelle nostre leggi riproducono le disposizioni del primo e dell'ultimo degli articoli francesi ora citati dall'autore adattate alle leggi medesime: mentre le stesse han soppressa quella dell'art. 170 del codice francese. (Nota del traduttore.)

Se dunque un francese ed una francese si maritano in Russia, sebbene le leggi che regolano le forme secondo le quali uno si deve maritare siano statuti personali, e però si dovrebbero a norma degli esposti principj applicare le leggi francesi, pur nullameno il matrimonio sarà validamente celebrato secondo le forme indicate dalla legge russa. Si seguiranno egualmente le leggi russe quanto alle forme di un atto di donazione che una persona straniera, francese che sia, farà in Russia, per i suoi beni situati in Francia, quantunque secondo la regola del nostro articolo si dovrebbe applicare la legge reale francese, imperciocchè trattasi di beni francesi.

Invano Duranton vuol restringere questa regola agli atti pubblici, e pretende che un francese non potrebbe in paese straniero fare sotto firma privata i contratti pe' quali la legge francese richiede l'atto autentico (1, 91); per esempio, una donazione tra vivi; poichè è chiaro che la quistione se questo atto potrà farsi con iscrittura privata è una quistione di forma di atto. Così la giurisprudenza dichiara validi i contratti di matrimonio, e le donazioni che contengono, redatti in iscrittura privata, come pure le celebrazioni di matrimonio fatte senza alcuna scrittura, quando così è la legge del paese (3).

4 [4]. — Se un giudice ricuserà di giudicare sotto pretesto di silenzio, oscurità, o difetto della legge, si potrà agire contro di lui come colpevole di denegata giustizia.

SOMMARIO

- I. Obbligo del giudice di giudicare sempre, anche se non così non preveduti dalla legge, il che esonerò implicitamente tutti i principj di diritto naturale. — Eccezione a questa regola per le materie criminali.
- II. Pena per la denegata giustizia, o omessa per processa.

I. — Dopo di avere esaminato la *formazione*, la *promulgazione* e la *pubblicazione* delle leggi nell'art. 1 [1], indi i loro *effetti* negli art. 2 e 3, [2, 5 e 6] passiamo alla loro *applicazione*, che forma l'obbietto di questo articolo 4 [4] e degli articoli 5 e 6 [3 e 7] ultimi del titolo preliminare (4).

Già dicemmo di essere impossibile che la legge prevegga tutti i casi che si possono presentare, e che sia sempre tanto chiara da non dare mai luogo a qualche dubbio sul suo ve-

(3) Parigi 11 maggio 1816; Parigi, 22 novembre 1828; Reg. (sopra un arresto conf. di Bordeaux) 20 dicembre 1841. *Devill.* 3, 2, 140; 9, 2, 527; 1842, 1, 321. — Dorsotou egualmente fece su di quest'arrest.

(4) Ripetiamo che ve ne ha un altro aggiunto nelle nostre leggi, ed è l'art. 8, di cui parleremo infra del titolo che ci occupa. (Nota del traduttore.)

ro senso. Non però di meno bisogna che la giustizia sia renduta, e se il giudice non pronunziasse, in caso di oscurità o difetto della legge, che dopo aver fatta relazione al legislatore, l'andamento degli affari sarebbe ad ogni momento impedito; oltre di che si vedrebbe crescere in modo veramente spaventevole il numero delle leggi, che oramai è tanto considerevole da meritare, come dice un autore, quasi il nome di dotto chi in mezzo ad esse sapesse discernere e trovare quella che gli è uopo di consultare.

Il giudice dovrà dunque pronunziare sempre supponendo alla legge, o con induzioni tratte dalla stessa legge, o facendo ricorso alla giurisprudenza de' tribunali, alla dottrina degli autori, alle decisioni de' romani giuriconsulti; o in fine decidendo secondo i propri lumi ed i principi della ragione e della equità. Sicchè si vede che con questo articolo sono tacitamente consacrati tutti i principi del diritto naturale, il che produce una differenza profonda, capitale ed immensa tra la legislazione romana e la nostra.

Ne' principi del diritto romano il giudice (*qui habebat iudicium*) non poteva pronunziare sopra una contestazione che quando ne aveva ricevuto in iscritto il comando, nella formula data dal magistrato (*qui habebat iurisdictionem*). Questi poi dar non poteva la formula, se non quando un testo di legge avesse formalmente preveduto il caso pel quale era richiesto; fuori di questo caso era respinta ogni azione. Più tardi, quando cioè il progresso dell'incivilimento e de' costumi conferì ai pretori il potere di creare un diritto nuovo allato al diritto civile, l'equità cominciò ad avere qualche forza, e il magistrato nell'entrare in funzione prometteva, come un beneficio estralegale di che a suo carico assumeva la responsabilità, di dare il diritto di agire e farsi giudicare in alcune circostanze non prevedute dalla legge (*actionem dabo, iudicium dabo.*) Qual mutamento presso di noi! La facoltà di domandare ed ottenere un giudizio appartiene a tutti, dovunque, sempre, nel più assoluto, più illimitato modo, e senza eccezione nè restrizione veruna. Non v'ha contestazione, non v'ha difficoltà sulla quale il giudice non possa, e quello che è più, non debba a mia richiesta pronunziare. Se egli si ricusa, per qualunque motivo, abbenchè allegasse il silenzio talvolta verissimo della legge, diventa *colpevole*, ed io posso accusarlo di *denegata giustizia*.

Nondimeno solo nelle materie civili il nostro articolo riceve la sua applicazione; le

materie criminali sono e debbono essere governate da un principio del tutto contrario. Quando si tratta di delitti o di atti voluti tali, la ragione chiaramente dice che il giudice non solamente non ha il dovere, ma neanche la facoltà di supplire al silenzio della legge; imperciocchè la legge mi permette tutto quello che non mi vieta. Quando dunque taluno è imputato e convinto di un fatto non punito da alcun testo di legge, dev'essere assoluto. Ciò dichiara l'art. 361 del codice d'istruzione criminale (1).

II. — Il rifiuto di giudicare, o la *denegata giustizia*, è punito dall'art. 185 del codice penale con un'amenda da 200 a 500 franchi, e con l'interdizione da tutti i pubblici uffici da cinque a vent'anni (2). Ma è chiaro che il semplice indugio a giudicare non costituirebbe un negio. Il nostro codice di procedura ne offre i mezzi come mettere il giudice in mora e comprovare la *denegata giustizia* (art. 506, 507 e 508 [570, 571 e 572 II. di proc. civ.]).

§ [3]. — È proibito ai giudici di pronunziare in via di disposizione generale o di regolamento nelle cause di loro competenza.

SOMMARIO.

- I. Separazione necessaria dei due poteri, legislativo e giudiziario.
- II. Senso ed estensione di questo articolo: l'art. 185 (186) sull'assoluta della cosa giudicata non v'ha che un'applicazione.
- III. In fatto se una sentenza sulle ass. eccezionali può essere a un terzo, anzi può esserla con la opposizione di terzo.
- IV. Breve idea dell'organamento giudiziario in Francia.
- V. Della corte di cassazione. — Essa, rigorosamente parlando, non fa parte del potere giudiziario, e non pronunzia sentenze; forma soltanto una commissione per l'interpretazione e conservazione delle leggi.
- VI. Circola ed incoincidenza della legge del 1° aprile 1817 sull'entità degli arresti, di seconda sessione.
- VII. I membri del ministero pubblico, che funzionano presso i tribunali, fanno parte non del potere giudiziario, sì bene del potere esecutivo.

I. — « Non vi ha libertà, ha detto Montesquieu, se il potere di giudicare non è separato dal potere legislativo. » Infatti è chiaro che se quello stesso che è incaricato di applicare la legge potesse in pari tempo a suo talento cambiarla o modificarla, le sostanze, la libertà, e la vita de' cittadini sarebbero in balla del più grande arbitrio.

Eppure pochi principi sono stati sì poco rispettati quanto la separazione de' due poteri, legislativo e giudiziario. In Roma fu sempre violata; sì sa che i pretori a poco a poco giunsero a mutare completamente la legge, di cui l'applicazione era loro affidata, e gli imperatori, dopo essersi attribuito il po-

(1) Salvo la diversa forma di procedimento, e quindi la diversità di redazione tra l'art. 185 di diritto francese e quello nostro di procedura ne' giudizi penali, l'art. 278 di questo può indicarsi come corrispondente

all'art. 361 di quello, citato dall'autore. (Nota del traduttore.)

(2) Nelle nostre leggi penali non v'ha disposizione corrispondente a quella dell'art. 185 del codice penale francese, ora citata dall'autore. (Nota del traduttore.)

tero legislativo, spesso si fecero giudici. In Francia prima della rivoluzione del 1789 la separazione di questi due poteri, sebbene riconosciuta in teoria, era spesso violata dai parlamenti, i quali, non contenti di accordare o negare a lor grado la registrazione delle leggi, si avevano pure arrogato il dritto di fare, ciascuno nella sua provincia, regolamenti obbligatori.

Solamente con la costituzione del 1791 questa separazione fu messa in atto compiuta ed intera; e, come vedesi, il nostro articolo, riproducendo questa espressa regola dell'assemblea costituente, energicamente proibisce ai giudici d'immeschiarsi nelle funzioni del legislatore. Questa proibizione è sanzionata nel codice penale dall'art. 127, il quale dichiara colpevoli di misfatto, e punisce con la degradazione civica i giudici che vi contravenissero.

II. — La disposizione del nostro articolo ha una estensione maggiore di quella che sembri a primo aspetto, ma che bene si ravvisa con un poco di riflessione.

Lo scopo di questo articolo è d'imporre ai giudici di limitarsi strettamente nelle loro attribuzioni. Or le attribuzioni del potere giudiziario consistono, come già abbiamo detto nell'art. 2 [2] n.º II, in applicare la legge a ciascun fatto particolare, per esaminare la questione a cui tal fatto dà luogo. Mentre la legge non dispone che per l'avvenire, e non deve mai aver forza sul passato, il giudicato non si occupa che del passato e non può mai regolar l'avvenire. È nella natura di una legge di obbligare tutti i cittadini; è nella natura di un giudicato di obbligare le sole parti che sono in causa, e per quello soltanto che ha formato oggetto della lite.

Così Pietro in una causa contro Paolo è dichiarato con sentenza di avere una qualità che Paolo gli contrastava: non bisogna credere per ciò che la qualità sia in modo assoluto stabilita in vantaggio di Pietro; essa non lo è che relativamente a Paolo; dappoiché la sentenza non ha avuto, e non ha potuto avere per obbietto che di mettere un termine alla contesa tra Pietro e Paolo. Se dunque Luigi venisse in seguito a contrastare a Pietro questa medesima qualità, sarebbe mestieri un nuovo giudicato per dar termine a tal nuova lite. Ed infatti dire che la qualità attribuita a Pietro da un giudicato è in seguito di esso stabilita in maniera assoluta, sarebbe dir lo stesso che tutti i cittadini sono oramai obbligati a riconoscerla in lui; che tutte le liti che potrebbero poscia muoversi sulla medesima questione, o innanzi allo stesso tribunale, o innanzi ad altri, dovranno forzatamente esser decise nello stesso senso, o piuttosto che non dovranno nemmeno essere esa-

minate, atteso che son tutte anticipatamente risolte dal primo giudicato; il che dunque sarebbe dare a questo giudicato l'effetto di una disposizione generale e regolamentaria.

Non si dimentichi perciò, la forza di un giudicato restringersi rigorosamente alla lite speciale, di che si tratta, ed alle persone che hanno preso parte nella detta lite. Se il giudicato contiene proposizioni generali, indicazioni di principio, e deduzioni formanti regole assolute, questo non può avvenire, come del pari lo abbiamo spiegato nell'art. 2 [2], che ne' suoi motivi, allorchè il giudice espone solamente la dottrina, ed indica le ragioni per le quali si decide a giudicare in un dato modo; ma non nel *dispositivo*, in che sta veramente il giudicato, e che perciò non può estendersi che su d'un affare speciale.

Questo art. 5 [3] adunque stabilisce implicitamente, per via di conseguenza, il principio che un giudicato non ha autorità che per le parti tra le quali è stato renduto. Esso ci prova che se per lo mantenimento dell'ordine e l'esistenza stessa della società è indispensabile di accettar come vera ogni cosa definitivamente giudicata, applicando la massima *res judicata pro veritate habetur*, è d'uopo ancora non dimenticare che la verità giudiziaria non è che una verità di convenzione, di finzione, una verità essenzialmente relativa; in guisa che allato a questa prima massima bisogna collocare l'altra non meno importante, *res inter alios judicata, aliis nec nocet nec prodest*. L'art. 1351 [1305] non fa dunque che spiegare il pensiero intimo del nostro art. 5 [3] nel dire che per esservi cosa giudicata, cioè, perchè più non v'abbia luogo a far giudicare di nuovo una questione, bisogna che la seconda domanda abbia lo stesso oggetto della prima, che sia fondata sulla medesima causa, che avvenga tra le stesse parti, e che in fine queste parti agiscano con le medesime qualità.

III. — Eppure, sebbene il giudicato nel quale io non sono stato parte non possa in dritto avere effetto contra di me, e sia per me una cosa non avvenuta, nondimeno può darsi che questo giudicato sia di natura da non potersi nel fatto eseguire senza ledere i miei interessi, e pregiudicarmi. In tal caso oltre che potrei, ben sì comprende; direttamente intentare un'azione principale per far decidere il contrario di quello che ha deciso il primo giudicato, posso del pari prevenirne o arrestarne l'esecuzione, facendovi una opposizione fondata sul motivo che lo stesso è per me *res inter alios judicata*, che in quanto ad esso io sono un terzo. Questa opposizione si chiama perciò di terzo (V. art. 474, cod. di proc. [538 II. di proc. nel giud. civ.]).

Del rimanente può uno essere stato parte in una causa, ed in conseguenza trovarsi nella impossibilità di fare l'opposizione di terzo contro il giudicato, quantunque non vi sia intervenuto nè di persona, nè per mezzo di uno speciale mandatario. Basta soltanto che sia stato nel giudizio qualcheduno, di cui siasi avuta causa, cioè uno che si rappresenti, il cui luogo si tenga, ai dritti del quale siasi succeduto; così per esempio un

erede non potrà dirsi *terzo* in quanto al giudicato nel quale è intervenuto il suo autore.

Ritorniamo in proseguo su queste idee, che qui sommariamente indichiamo soltanto, ed in ispecie sotto gli art. 1322 [1276], 1328 [1282], 1351 — 3.° [1305].

IV. — Prima di lasciare questo articolo stendiamo necessario di dare una idea dell'organamento del potere giudiziario in Francia (1).

(1) Nello stesso tempo di ciò che si discorre dall'autore intorno all'organamento giudiziario in Francia, crediamo non tornare affatto inutile dire qual sia lo stesso presso di noi per effetto della legge organica dell'ordine giudiziario del 29 maggio 1817, o' d'ordini al di qua del Faro e di quella del 7 giugno 1816 nel dominio al di là del Faro; e che non pertanto ha subito qualche modificazione per virtù di leggi posteriori.

La giustizia civile e la giustizia punitiva sono amministrate ordinariamente:

- 1.° de' conciliatori;
- 2.° de' giudici di circondario;
- 3.° de' tribunali civili;
- 4.° de' tribunali di commercio;
- 5.° dalle gran corti criminali;
- 6.° dalle gran corti civili.

Sovrasta a tutti questi corpi la corte suprema di giustizia.

Conciliatori. — Ve ne ha uno in ogni comune, e per la città di Napoli in ogni quartiere; le sue funzioni sono 1. conciliare le controversie tra gli abitanti del comune, se ne sia richiesto, ed in tal caso le conciliazioni avranno luogo di arbitramento; 2. decidere inappellabilmente come procedimento verbale, e senza osservanza di rito giudiziario, sino alla somma di sei durati, tutte le controversie dipendenti dalle sole azioni personali relative a mobili, e che non sono garantite da titolo autentico ed esecutivo. — Così per l'art. 12 della citata legge; in tutto il dipartimento le loro attribuzioni sono determinate una col rito nel libro primo delle leggi di procedura ne' giudizi civili.

I conciliatori sono considerati come parte de' rispettivi corpi municipali.

Giudici di circondario. — Il circondario è un aggregato di più comuni; ed è l'unità prima adoperata nella circoscrizione giudiziaria. Per ogni circondario vi ha un giudice residente nel comune capoluogo, dividendosi in tre classi; quelli cioè de' capoluoghi delle provincie e de' distretti sono di prima classe; quelli di cui la popolazione o' trepassa le quindicimila anime sono di seconda classe, e quelli di cui la popolazione è minore di tal cifra sono di terza classe.

Avvertasi però che per la citata legge organica erano anche di seconda classe i circondari di capoluoghi di distretti; ma poscia sono stati dichiarati anche di prima classe come quelli de' capoluoghi delle provincie ritenendosi questi di prima, e quelli di seconda rango.

I giudici di circondario esercitano le funzioni: 1.° di giudici in materia civile; 2.° di giudici in materia correzionale; 3.° di giudici di polizia; 4.° di ufficiali di polizia giudiziaria; 5.° e finalmente di giudici di commercio.

La competenza per questi giudici inappellabilmente in tutte le azioni sino al valore di duecenti ventotto ed appellabilmente sino al valore di ducenti trecento.

Per modo di regola giudicano del pari di tutte le azioni che si sperimentano in lieu di semplice possesso, qualunque ne sia il valore.

Per modo di eccezione giudicano poi lo tutta la lunga serie de' casi enumerati nell'art. 32 della citata legge organica, salvo le modifiche recatevi dalle surriferite leggi di procedura civile.

Nelle materie criminali la competenza de' giudici di circondario si estende a tutte le trasgressioni e delitti puniti dalla legge con pena correzionale; sempre però appellabilmente, tranne quando la pena non ecceda tre giorni di prigione, o la rifazione del danno cumulandosi alla multa non ecceda i duecento.

Come giudici di polizia conoscono delle trasgressioni punibili con una detenzione di cinque giorni, o con multa non maggiore di duecento, salvo le disposizioni della legge sul contenzioso amministrativo; nel primo caso compete l'appello avverso le loro sentenze; nel secondo esse sono inappellabili.

Come ufficiali della polizia giudiziaria nelle materie di alto criminale dipendono dal giudice istruttore del distretto e dal regio procuratore generale presso la gran corte criminale della provincia, ed hanno molte attribuzioni determinate dall'art. 42 della legge suddetta; anzi sono strettamente subordinati in tutte le funzioni de' giudici istruttori per la istruzione de' processi criminali ne' luoghi dove il governo ha creduto di abolire questi ultimi.

Di ultimo per l'art. 609 delle leggi di eccezione per gli affari di commercio, per quei soli circondari dove non risiede una tribunale di commercio, i giudici di circondario conoscono delle quistioni di competenza di questi ultimi inappellabilmente sino a duecento, ed appellabilmente sino a duecento, come per le materie civili.

Non occorre qui parlare della competenza de' giudici di circondario essente dalla legge sul contenzioso dei dazi indiretti, che esce dalla sfera delle materie civili, di cui questo corso si occupa, e rientra in certo modo nelle materie amministrative.

Tribunali civili. — In ogni provincia vi ha un tribunale civile, che giudica in prima istanza tutte le cause personali, reali, e miste, eccettuante quelle che sono particolarmente attribuite a' giudici di circondario, o ad altri tribunali per virtù di leggi apposite.

Giudica ancora in ultima istanza delle appellazioni avverso le sentenze profferite da' giudici di circondario in materia civile, nonchè della competenza di questi ultimi, e delle ricuse portate avverso i medesimi.

Tribunali di commercio. — Questi collegi costituiscono ancora in certo modo un privilegio di foro, in tutte altre materie abolite; imperò anche si compongono di commercianti, le cui funzioni sono temporanee, e giudicano delle quistioni cui danno luogo gli atti di commercio, o de' commercianti, che implicitamente non dimostrano l'affare essere stato prettamente civile.

Con la legge organica si riardò il legislatore di designare i luoghi in cui avrebbe istituito tribunali di commercio; poscia questi sono stati al numero di sei; tre cioè ne' domini continentali, vale a dire in Napoli, Foggia, e Montecitorio; e tre ne' domini insulari,

I nostri tribunali si dividono in ordinari e straordinari.

— Si possono distinguere tre classi di tribunali ordinari:

1. I tribunali di cantone, conosciuti col nome di *giustizie di pace*;

cioè in Palermo, Messina, e Trapani. Nelle altre provincie dove non vi sono tribunali di commercio ne disimpegnano le funzioni i tribunali civili, procedendo però col rito stabilito dalle leggi di commercio.

I tribunali di commercio giudicano in grado di appello delle quistioni commerciali esaminate da' giudici di circondario nella provincia in cui si trovano; e giudicano inappellabilmente delle quistioni medesime nel circondario dove risiedono, escludendone dal primo esame il giudice di circondario.

Quest' ultima facoltà, limitata dalla legge organica al valore di duc. 200, è stata estesa dalle leggi di eccezione a duc. 500. Oltre questa somma i tribunali di commercio giudicano sempre in prima istanza.

Per eccezione a queste regole, ed in favore de' privilegi del porto franco di Messina, un decreto del 17 giugno 1819 stabilì che le cause relative alla mercatura di quella città si giudicassero in prima istanza dal tribunale di commercio ivi stabilito, e che per le medesime competesse l'appello alla gran corte civile per qualunque somma; togliendo però il rimedio del ricorso per annullamento avverso le decisioni di quest'ultima, che dichiarò nelle cause anzidette dover fare cosa giudicata.

Gran corte criminali.— In ogni provincia ne è stabilita una: giudicano in prima ed ultima istanza le cause di alto criminale; ed in grado di appello le cause correzionali e di polizia decise la prima istanza da' giudici di circondario, ed avverso le quali compie il rimedio dell'appello, come parlando degli stessi di sopra si è detto.

Ne' casi attribuiti dalle leggi assumono il titolo di gran corti speciali, e procedono col rito analogamente prescritto.

Per la istituzione de' processi criminali in legge organica stabiliva un giudice d'istruzione in ogni distretto, cui faceva supplire i giudici di circondario dei capoluoghi in caso di assenza o impedimento; ora di fatto questi ne esercitano le funzioni, senza che alle vacanze siano ulteriormente provvedute le piazze di giudici istruttori.

Gran Corti civili.— Sono esse al numero di quattro ne' domini al di qua del Faro, e di tre le quali si di là del Faro; in loro circoscrizione territoriale è la seguente:

La Gran Corte civile residente in Napoli abbraccia sotto la sua giurisdizione le sette provincie di Napoli, Terra di lavoro, Principato ulteriore, Principato Ulteriore, Molise, Capitanata, e Basilicata.

La Gran Corte civile residente in Aquila tiene le tre provincie degli Abruzzi sotto la sua giurisdizione; — Quella residente in Catanzaro le tre provincie delle Calabrie; — e quella residente in Trani le due provincie di Terra di Bari e Terra d'Otranto.

La gran corte civile residente in Palermo estende la sua giurisdizione sulle cinque provincie di Palermo, Siracusa, Girgenti, Caltanissetta, e Trapani.

La gran corte civile residente in Messina ha la sola provincia di Messina sotto la sua giurisdizione; e quella residente in Catania la sola provincia di Catania.

Le gran corti civili giudicano dell'appello prodotto avverso le sentenze de' tribunali civili, de' tribunali di commercio, e degli arbitri, se ne siano suscettibili.

2. I tribunali di distretto, comunemente chiamati *tribunali civili* o *tribunali di prima istanza*;

3. I tribunali superiori, o *corti di appello*.
1.* Vi ha una giustizia di pace per ogni cantone.

Giudicheranno ancora de' conflitti fra i tribunali civili sottoposti alla loro giurisdizione, come ancora dell'azione civile, o sia presa a parte contro i medesimi, contro i tribunali di commercio, e contro i giudici di circondario; e ne' primi due casi sia che trattisi contro uno, o contro più componenti de' amministratori collegi.

Avvertasi che nelle provincie di Messina e di Catania gli stessi collegi esercitano contemporaneamente le funzioni di gran corti criminali e di gran corti civili.

Corti supreme di giustizia.— Due collegi di tal nome sono istituiti, uno in Napoli per i domini continentali, un altro in Palermo per la Sicilia, destinati a mantenere l'esatta osservanza delle leggi, e per richiamare alla loro esecuzione le gran corti, i tribunali, ed i giudici che se ne fossero allontanati. Giudicano non nell'interesse de' litiganti ma della legge, ed in conseguenza non del merito delle cause, ma della conformità delle decisioni o sentenze alla legge. Nel caso che ne siano difformi le corti supreme ne pronunziano l'annullamento, e rinviando l'esame dal merito ad altro magistrato di grado eguale a quello che ha pronunziato la sentenza o decisione annullata; e ciò con le norme all'uopo stabilite dalle leggi organiche e di rito.

Se per avventura il giudizio di rinvio producesse la medesima sentenza o decisione, ed anche questa seconda fosse una seconda volta annullata dalla corte suprema per gli stessi motivi per cui ha pronunziato il primo annullamento, si dà luogo al dubbio di legge, che viene risoluto dal poter legislativo nel modo stabilito dall'art. 2 della legge del 24 marzo 1817.

E qui si noti che siccome la corte suprema di Napoli si divide in due camere, di cui una si occupa degli affari civili, e l'altra degli affari penali, così nel caso di secondo ricorso per gli stessi motivi per cui la prima volta ha annullato, o giudica a camere riunite; il che non avviene per la corte suprema di Palermo, in la quale una sola camera giudica degli affari civili e penali.

Pronunzia egualmente la corte suprema nelle domande di rinunciazione di cause da uno ad altro tribunale o corte; su de' quistioni di competenza di giurisdizione nel conflitto tra più gran corti, o tra più tribunali non soggetti alla giurisdizione di una stessa gran corte; o lottando tra le gran corti criminali e i tribunali militari.

L'atto che discioglie l'adito alla giurisdizione della corte suprema è il ricorso per annullamento che producono i litiganti avverso le decisioni, o sentenze rendute in grado di appello; ovvero, qualora essi non lo facciano nel termine stabilito, lo può fare il pubblico ministero, domandandone di ufficio l'annullamento, che in tal caso viene pronunziato nel solo interesse della legge, senza che le parti possano prevalersene.

Del pari la corte suprema rivede di ufficio le decisioni delle gran corti speciali per condanne a morte o a pena perpetua, profferite a maggioranza, e senza il concorso di sei fra gli otto voti richiesti per le medesime.

Veglia la corte suprema su tutte le altre autorità giudiziarie che le sono sottoposte, potendo farsi render conto dalla loro condotta, e censurarla. Giudica come tribunale delegato de' delitti di ufficio de' giudici, dietro la rinunciazione che gli en' è fatta dal governo.

In materia civile i giudici di pace pronunziano in ultima istanza, cioè inappellabilmente, sino al valore di 100 fr., e salvo l'appello al tribunale di distretto sino al valore di 200 fr. (Legge del 25 maggio 1838).

In materia criminale essi conoscono in concorrenza co' *maires* de' fatti qualificati *contravvenzioni di polizia*.

Il nome di *giudice di pace*, dato al magistrato che costituisce il tribunale del cantone, è inesattissimo, poichè da una parte la missione affidata a questo magistrato di procurare di conciliare i litiganti (missione da cui prende il suo nome) non è che una delle sue diverse attribuzioni; ed anzi, quando egli siede all'ufficio di conciliazione, cessa di essere giudice, e più non costituisce un tribunale.

2.° Vi è un tribunale di second'ordine in ogni distretto.

In materia civile conosce in ultima istanza: 1. degli appelli da giustizia di pace; 2. delle dimande che non sorpassano fr. 1500; in prima istanza, e salvo appello alla corte d'appello, di ogni domanda eccedente quest'ultima cifra, qualunque ne sia il valore (Legge degli 11 aprile 1838).

In materia criminale giudica sotto il nome di *tribunale correzionale*: 1. in ultima istanza gli appelli di semplice polizia; 2. salvo l'appello, i fatti qualificati *delitti* (art. 200 e 201 Cod. d'istruz. crim.).

Da ciò si scorge che è inesatto di chiamare questi tribunali *tribunali civili*, perchè giudicano altresì in materia criminale; come pure *tribunali di prima istanza*, perchè giudicano in prima come in ultima istanza, secondo i casi.

3.° Le corti d'appello, le quali in Francia sono in numero di ventisette, non giudicano che sovra appello od in ultima istanza.

Esse conoscono: 1. degli appelli dai tribunali di distretto; 2. degli appelli dai tribunali di commercio (de' quali torremo parola); 3. in materia criminale, degli appelli di polizia correzionale.

In ciascun dipartimento vi sono tre consiglieri della corte d'appello, sotto la giurisdiz-

ione della quale essi, come in quelli in cui la corte suprema giudica a camera di rite, e della facoltà del ministro di giustizia di revocarsi a presiederla.

Nel mese di gennaio di ogni anno la corte suprema deve rimettere le osservazioni fatte nel decorso anno per la miglioramento della legislazione.

Presso ogni collegio vi ha un magistrato incaricato di esercitare le funzioni del ministero pubblico, e che sono specificamente determinate dalla legge, e che consistono specialmente nell'investigare alla sua osservanza, ed alla revocare e-ecuzione de' giudicati.

Gli agenti del ministero pubblico prendono il nome di *regi procuratori* o *procuratori del re* presso i tribunali civili, e di *regi procuratori generali* presso le gran

zioni della quale si trova questo dipartimento, i quali, sotto il nome di *corti d'assise*, conoscono i fatti qualificati *delitti*. Del rimanente la corte non fa che applicare la pena, dopo che la questione di *colpeabilità* è stata risolta da dodici giurati.

Le sentenze, che pronunziano le corti hanno particolarmente il nome di *arresti*.

— I principali tribunali straordinari sono: 1. i tribunali di commercio che giudicano gli affari commerciali, in ultima istanza sino a 1500 fr., e al di sopra salvo appello alla corte;

2. i tribunali militari, che conoscono dei delitti militari;

3. I tribunali amministrativi, che giudicano le liti sorte fra i particolari e l'amministrazione. I principali sono: in prima istanza i consigli di prefettura; in ultima istanza il consiglio di stato, al quale sono del pari delegate molte altre attribuzioni.

4.° In fine, un'alta corte di giustizia composta di cinque giudici eletti fra i consiglieri della corte di cassazione, e di trentasei giurati scelti a sorte fra i membri de' consigli generali di dipartimento, giudica, senza appello nè ricorso in cassazione, le accuse prodotte dall'assemblea nazionale, sia contra il presidente della repubblica, o i ministri, sia contra tutte le persone imputate di reato contra la sicurezza dello stato (costituz., art. 91-92).

V. — Oltre di queste corti o tribunali diversi, vi ha un corpo che senza fare precisamente parte dell'ordine giudiziario, non pertanto intimamente vi si rannoda, ed è la *corte di cassazione*.

La corte di cassazione che si chiama pure *corte suprema*, *corte regolatrice*, è stata istituita dalla legge de' 27 novembre e 1.° dicembre 1790, nel principale scopo di mantenere l'unità di legislazione, e di determinare il vero senso delle leggi, annullando ogni giudicio che contenesse violazione di qualche disposizione legale. L'atto col quale si adisce questa corte diccsi *ricorso*, non già *appello*.

È un punto importantissimo a compren-

derci e la corte suprema. Hanno de' sostituti ne il bisogno lo richiede, e questi per la corte suprema prendono il nome di *avvocati generali*.

De' pari intervengono il ministero pubblico ne' giudizii correzionali o di semplice polizia, di attribuzione de' giudici di second'ordine; e l'ufficio ne è esercitato appositamente da altri pubblici funzionari, che non appartengono all'ordine giudiziario.

Non occorre qui parlare degli altri tribunali straordinari, che nascono dalle leggi militari, dallo statuto penale pe' condannati a lavori forzati, nonché da' tribunali amministrativi, che, come al ripeto, non hanno attinenza con le materie di cui si occupa il presente corso. (Nota del traduttore).

dere che benchè siasi dato alle decisioni della corte di cassazione il nome di *arresti*, del pari che alle decisioni delle corti d'appello, alle quali perciò si potrebbe crederle somiglianti, pure le prime non sono sentenze nello stretto senso di questa parola; imperocchè non danno termine al contendere, non esauriscono la lite. Allorchè un arresto, o una sentenza in ultima istanza (chè non si può mai ricorrere in cassazione contra una sentenza della quale si può appellare) è portata alla corte suprema, ed essa vi riconosce una falsa applicazione, un'erronea interpretazione della legge, la cassa, ma non la supplisce con altra decisione; non la riforma, come sostengono talvolta gli autori (Duranton, XII-287), essa la sopprime, e rinvia quindi le parti a farsi giudicare da altro tribunale dello stesso grado di quello di cui ha annullato la sentenza. Se la decisione che ha luogo dopo questo rinvio non è conforme a quella della corte suprema, si può a questa ricorrere novellamente; ma il suo secondo arresto dev'essere renduto a camere riunite. Dopo questo secondo arresto, se tuttora cassa la decisione, rinvia similmente l'affare innanzi ad altro tribunale, la cui sentenza è poi definitiva; ma quest'ultimo tribunale è obbligato (Leg. del 1° aprile 1837) di pronunziare ne' medesimi sensi dell'arresto solenne della corte di cassazione (1).

Questa corte adunque, come dicevamo, non fa parte dell'ordine giudiziario, non forma un nuovo grado di giurisdizione. Stabilita per vegliare sulla sua interpretazione, sulla giusta applicazione delle leggi, e per annullare tutto quanto si allontana da questa, *cassa* o pure *lascia sussistere* le sentenze rendute dai tribunali, ma non emette mai una sentenza. Quando una corte di appello conferma la sentenza appellata, è lo stesso confermativo che si eseguirà e non la prima sentenza; per l'opposto, quando la corte di cassazione mantiene una decisione, rigettando il ricorso prodotto contra la medesima, è sempre questa decisione che si mette in esecuzione, non già l'arresto di rigetto. Lo ripetiamo, la corte di cassazione non giudica affatto.

Già dicemmo innanzi che giudicare non è altro che applicare la legge ad una particolare quistione per mettervi termine; or è questo precisamente che la corte di cassazione non fa e non deve mai fare; lungi dal mettere fine alla lite, essa neppure ne prende conoscenza. Inoltre bisogna altresì osservare un'altra cosa... Dicemmo nell'art 2 [2], che nella sentenza bisogna distinguere due parti, l'una dall'altra ben diverse: i *motivi*, i quali formano i

preparativi, le basi della sentenza; indi il *dispositivo*, che costituisce la sentenza, regolando gli opposti interessi delle parti. Ebbene; negli arresti della corte suprema non v'è dispositivo, non regolamento degli interessi delle parti. Ogni arresto di questa corte si esprime in tal guisa: *La sentenza impugnata ha bene interpretata la legge, dunque la lascio sussistere*, rigetto il ricorso prodotto contro di essa; o pure: *La sentenza ha malamente interpretata la legge; dunque l'annullo; i giudici competenti ne pronunzieranno un'altra*.

La corte di cassazione non è quindi un'assemblea di giudici; è una commissione d'interpretazione e di conservazione delle leggi.

VI.—La legge del 1° aprile 1837, attribuendo all'arresto di seconda cassazione la forza di obbligare la corte o il tribunale di rinvio a sottomettervisi, non ha osato andare più lungi; non ha osato dire, come de' begli spiriti lo dimandavano, che l'arresto delle camere riunite costituirebbe una interpretazione legalizzata, che tutti i tribunali e la stessa corte di cassazione sarebbero ormai tenuti di rispettare. Il legislatore ha receduto da questo effetto generale. Sicchè il tribunale, al quale l'arresto di seconda cassazione rinvia la quistione, giudicherà nello stesso senso per questa particolare quistione; ma questo tribunale, come ogni altro e come anche la stessa corte di cassazione, restano liberi di giudicare in modo diverso la stessa quistione in ogni altro litigio che si possa presentare.

E questo un grave torto, e la legge del 1837, inescusabile in ogni punto, merita soprattutto il duplice rimprovero di snaturare le attribuzioni della corte suprema e di farsi giuoco de' più sacri interessi de' cittadini.

Ed in prima questa legge, nel caso di cui si tratta, forma della corte di cassazione un terzo grado di giurisdizione, facendole rendere delle sentenze, in contrapposto al fine incontrastabile della sua istituzione. Ciò è evidente, ed i sofismi con i quali si è tentato di stabilire che l'arresto di seconda cassazione non sia una sentenza, cadono innanzi a queste semplicissime idee: tale arresto non può obbligare che come rivestito di autorità legislativa, o di autorità giudiziaria; or non è legislativamente che obbliga, poichè la sua forza si arresta alla sola quistione per la quale è renduto; è dunque come avesse l'efficacia giudiziaria. E lo stesso guardasigli nell'istante in cui volle provare il contrario, lasciò sfuggirsene la confessione; poichè diceva « che le corti di rinvio allora si troverebbero in una posizione analoga a ciò

(1) Ciò non ha luogo per le nostre leggi; in quanto all'effetto degli arresti di corte suprema veggasi ciò

che si è detto delle sue attribuzioni nella nostra nota (1) pag. 50 e 51. (Nota del traduttore).

che avviene quando una delle parti eccepisce una sentenza passata in cosa giudicata... Ma se la legge del 1837 snatura in tal guisa le attribuzioni della corte suprema, facendole pronunciare delle sentenze, in tal maniera le nega il solo mezzo di raggiungere il suo scopo. Si sa che questo scopo è di pervenire all'unità ed alla stabilità della giurisprudenza; or come sarà mai conseguito, anche sopra un sol punto, mentre i solenni e sì rari arresti di seconda cassazione lasceranno ancora a tutti i tribunali di Francia ed alla stessa corte di cassazione la piena facoltà di diversamente giudicare in seguito?

Questa medesima circostanza fa vedere in qual terribile incertezza sono abbandonati i cittadini, e abbandonati per sempre nelle più gravi quistioni. Un arresto a camere riunite non avvenne che dopo molti anni dalla promulgazione del testo che formava difficoltà. Così sulla celebre quistione di revocazione delle donazioni per la separazione di corpo, un arresto solenne della corte suprema fu renduto nel 1845, cioè *quarantun'anno* dopo la pubblicazione del codice! Molte altre quistioni non meno gravi aspettano tuttavia un simile arresto! Or questo arresto, sì lungamente atteso, darà infine la certezza del senso nel quale la legge dev'essere intesa? No, poichè la stessa corte suprema può un po' più tardi diversamente giudicare, e basterà il cambiamento di alcuno de' suoi membri per menare a tal risultato. I cittadini sono dunque nella impossibilità di avere *giammai*, e sopra qualunque punto che sia, il senso certo di regole, che non pertanto sono la base delle loro giornalieri convenzioni.

Se per l'opposto la legge del 1837 avesse dichiarato legalizzarsi anticipatamente tutte le interpretazioni che sarebbero date dagli arresti solenni della corte suprema, ciascuno di questi arresti sarebbe stato un passo fatto verso la stabile unità della giurisprudenza, avrebbe dato ai cittadini il senso legalmente certo di qualcuno de' punti che formano difficoltà, e questa corte non avrebbe pronunciato sentenze, imperocchè i suoi arresti di seconda cassazione sarebbero stati obbligatori, non come aventi forza di cosa giudicata, ma come aventi forza legislativa. In quanto alla obiezione innanzi alla quale pare di essersi receduto, e che consisteva nel dire che sarebbesi in tal modo fatto occupare la corte di cassazione al potere legislativo, cade innanzi all'osservazione sviluppata sotto l'art. 2 [2], cioè che se la *legalizzazione* di una inter-

pretazione non può nel fatto emanare che dal potere legislativo, la *interpretazione* da legalizzarsi, o anticipatamente legalizzata, può benissimo emanare da tutt'altra sorgente (1).

VII. — Taluni magistrati, che si ha l'abitudine di considerare come appartenenti al potere giudiziario, poichè essi esercitano le loro funzioni presso i diversi tribunali, non pertanto non sono che degli agenti del potere esecutivo.

Il corpo di questi funzionari, incaricati d'invigilare al mantenimento dell'ordine pubblico, di provocare e d'illuminare l'azione della giustizia, e poscia di far eseguire le sue decisioni, ha ricevuto il nome di *ministero pubblico*; chiamasi ancora *parquet* (2), come spesso si appella *foro* il corpo degli avvocati; nei due casi il nome del *luogo* è figuratamente applicato alle *persone* che l'occupano.

Questi magistrati sono presso la corte di cassazione, un procuratore generale assistito da sei avvocati generali; presso di ciascuna corte di appello, un procuratore generale, degli avvocati generali e de' sostituti al procuratore generale; presso ciascun tribunale di distretto un procuratore della repubblica e uno o più sostituti.

È chiaro ciò che diciamo, cioè che questi magistrati non fanno parte del potere giudiziario, imperocchè essi non sono mai chiamati a rendere giustizia ai cittadini.

● [7]. — Le leggi che interessano l'ordine pubblico e i buoni costumi non possono essere derogate da particolari convenzioni.

SOMMARIO

- I. Le leggi che non interessano affatto l'ordine pubblico e i buoni costumi sono esentate di derogazione per convenzioni particolari.
- II. Contraddizione apparente e conciliazione di questo art. 2 [7] con l'art. 1142 [1467].

I. — Questo articolo, col dire che non si può per convenzione derogare alle leggi di cui parla, c'indica abbastanza che si potrà con questo mezzo derogare alle altre.

Ed in fatti, quando il legislatore si occupa, non più dell'ordine pubblico e de' buoni costumi, ma unicamente dell'interesse privato delle persone; quando per esempio traccia minutamente le regole de' più frequenti contratti, come la vendita, la locazione ecc. qual è il suo scopo? È quello di consacrare, una volta per sempre la volontà presunta delle parti, ad oggetto di dispensare queste di

ad una delle nostre tre prime edizioni coloro che bramassero leggere la nostra *littera disertationis*.

(2) Non abbiamo nell'italiano voce corrispondente alla parola *parquet* adoperata dall'autore, e che nell'uso è stata pure presso di noi ricevuta. (Nota del traduttore).

(1) Precedentemente abbiamo dato maggior sviluppo a queste idee. Siccome esse sono oggi più divulgate, siccome altronde non si tratta che di un punto di legislazione e non di un punto di diritto, così abbiamo dovuto restringerle in questo luogo, rinviando

venire in ogni istante a spiegazioni, che sarebbero sempre le stesse. Altronde è chiaro che quando queste parti hanno formalmente manifestato la intenzione di mettere da banda queste regole per seguirne altre, questa intenzione espressa dovrà vincerla sulla intenzione presunta, che serve di base alle disposizioni della legge. Queste regole speciali saranno allora la legge delle parti; poichè come dice l'art. 1134 [1088], *le convenzioni legalmente formate hanno forza di legge per coloro che le han fatte; or la regola espressamente stabilita per un caso particolare deve fare eccezione alla regola generale, per la massima specialia generalibus derogant.*

Ma, perchè abbia forza di legge, bisogna che la convenzione sia legalmente fatta. Or essa non l'è, ai termini dell'art. 1108 [1062], che quando l'obbligazione che si è contratta sia fondata sopra una causa lecita; e la causa non è lecita, secondo l'art. 1133 [1087], se non quando non è contraria all'ordine pubblico, nè contraria ai buoni costumi, nè proibita dalla legge.

II. — Secondo questo art. 1133 [1087] si potrebbe credere che il nostro articolo è incompleto, e che vi siano non solo due, ma tre circostanze, che si oppongono al derogare a una legge per convenzione particolare; si potrebbe credere che vi sieno delle leggi alle quali non si può derogare, perchè il legislatore l'ha proibito, senza che intanto le medesime riguardassero nè l'ordine pubblico, nè i buoni costumi. Questo sarebbe un errore. La ragione per la quale il legislatore proibisce di derogare ad una disposizione è sempre perchè riguarda più o meno da vicino la morale o il buon ordine; non è mai per capriccio e pel piacere di frapportare ostacolo alla libertà delle convenzioni, che egli proibisce di stipulare sulla tale o tal altra materia. Soltanto, siccome il rapporto che il legislatore scorge fra la tale disposizione e l'ordine pubblico e la morale, può essere molto lontano e poco sensibile, si prende talvolta la cura di dire espressamente che questa disposizione non potrà essere mutata per via di convenzione. Perciò l'art. 1133 [1087], il quale riproduce l'idea del nostro articolo, ci presenta come causa illecita di obbligazione, quella contraria ai buoni costumi o all'ordine pubblico, e quella proibita dalla legge.

Ma, ripetiamolo, il rispetto dell'ordine e della morale è sempre la ragione che fa proibire la tale o tal altra stipulazione. Per esempio, se nell'art. 1130 [1084], il legislatore proibisce ogni convenzione sulla futura successione di una persona tuttora viva, ciò è perchè vede in quella una sollecitudine poco decente, e che la sana morale riprova; se nell'art. 815 (731), dichiara nulla la obbli-

gazione che prendessero i comproprietari di beni indivisi di rimunere indefinitamente nella indivisione, ciò è perchè scorge in quella un ostacolo alla libera circolazione ed al buon mantenimento di tali beni e, quindi essere di pregiudizio all'interesse generale. Se formalmente si è pronunziato sulla nullità di simiglianti contratti, ciò è perchè temeva che da tutti non si scorgesse il rapporto che trovasi fra questi punti e l'ordine pubblico o la morale. Lo stesso avviene degli articoli 1660, 1674, 530 [1506, 1520 r., 453], e di molti altri.

Al contrario, quando il legislatore dà una disposizione che riguarda l'ordine pubblico o i buoni costumi in modo chiaro e facile a comprendersi; quando è chiaro che la cosa di che si tratta non può formare oggetto di un commercio, nè essere regolato dalla privata volontà delle persone, allora il legislatore non si prende sempre la cura di avvertirne e di aggiungere che non vi si potrà derogare: si contenta del divieto generale stabilito nel nostro articolo. Così, quantunque la legge non lo dica specialmente, due sposi non potrebbero convenire che rimarrebbero uniti in matrimonio durante un tempo determinato; un padre non potrebbe sottoscrivere la rinunzia alla sua patria potestà; un uomo non potrebbe vendersi ad un altro e rendersi suo schiavo, ec.

RIASSUNTO DEL TITOLO PRELIMINARE

Per riassumere questo titolo dobbiamo vedere: 1.° la formazione, la promulgazione e la pubblicazione della legge; — 2.° i suoi effetti; — 3.° la sua applicazione.

§ 1. — Formazione, promulgazione e pubblicazione della legge (art. 1 [4]).

I. — La legge è decretata dall'assemblea nazionale. Appena adottata esce dal dominio del potere legislativo per cadere in quello del potere esecutivo; ma è ancora senza vigore, e bisogna che sia promulgata e pubblicata per poter essere messa in esecuzione (art. 1 [1], n. 1).

La promulgazione è l'attestato dato al corpo sociale della esistenza della legge, e l'ordine diretto ai magistrati di osservarla e farla osservare. Essa in realtà consiste nell'apporsi in piede della legge la formula che ordina di eseguirla; ma non è reputata legalmente compiuta che con la trasmissione al ministero della giustizia del bullettino impresso dalla stamperia nazionale. Il capo del potere esecutivo è obbligato di promulgare le leggi di

urgenza fra tre giorni dalla loro adozione, e le altre nel termine di un mese (ivi, II).

La pubblicazione, che non è altra cosa se non il mezzo col quale la promulgazione è portata o si reputa portata alla conoscenza dei cittadini, consiste oggidì nel termine di un giorno decorso dopo la compiuta promulgazione, più un giorno per ogni dieci miriametri di distanza fra la città ove ha avuto luogo la promulgazione medesima (ordinariamente Parigi) ed il capoluogo di ciascun dipartimento. Si debbono solo contare le decine di miriametri, senza tener conto delle unità. Per effetto della pubblicazione la legge diventa obbligatoria e può essere eseguita. Del rimanente questa pubblicazione è fondata sulla presunzione di conoscenza, che svanirebbe, non per ogni prova contraria, ma sì bene per la dimostrazione di un avvenimento di forza maggiore, che renda impossibile la comunicazione di un paese colla città ove è stata fatta la promulgazione (ivi, III).

Per quel che concerne l'abrogazione di una legge, è chiaro che essa oggi non può risultare (sia espressamente, sia tacitamente e per incompatibilità) che da una legge posteriore, senza mai poter provenire sia dal non uso della legge, sia da un uso contrario. Non potendo la legislazione essere cangiata che dal potere legislativo, è evidente che la massima *leges per desuetudinem abrogantur* ha perduto il suo valore nel tempo stesso dell'altra massima *consuetudo pro lege custoditur* (ivi, V).

II. — Oltre delle leggi propriamente dette, vi sono degli atti che non portano questo nome, ma che sono come il compimento della legge, e ne fanno in qualche modo parte: noi intendiamo parlare degli atti che il capo dello Stato o gli agenti dell'autorità amministrativa o municipale rendono sotto il nome di *ordinanze, regolamenti, arresti* ec. Questi atti finchè sono renduti in conformità della legge e nei limiti delle attribuzioni del funzionario, dal quale emanano, non sono che gli sviluppi e gli accessori della legge; prescritti o autorizzati dalla medesima legge, si confondono con essa e partecipano alla sua autorità (ivi, IV).

§ 2. — *Effetti della legge* (art. 2 e 3. [2, 3 e 6]).

III. — Essendo la legge una regola di condotta, e in conseguenza un atto, l'essenza del quale è di comandare, vietare o permettere, ne segue che non può obbligare che per l'avvenire, e non può avere effetto retroattivo. Questo principio così semplice in sé stesso, presenta intanto molte gravi difficoltà nella sua applicazione: esso è stato esaminato sotto cinque diversi rapporti.

1.° *Leggi interpretative*. — L'atto che ordinariamente chiamasi, ed impropriamente, legge interpretativa, non è una legge, ma semplicemente la interpretazione data dal legislatore di una legge che fa nascere difficoltà. Or siccome la interpretazione data ad un testo, da qualunque sorgente omani, null'altra cosa è che questo stesso testo interpretato, così ne segue che la pretesa legge interpretativa, cioè la interpretazione, avrà effetto per gli atti anteriori ad essa, senza che in ciò vi sia retroattività; imperocchè non è l'interpretazione che si applicherà, ma sì bene la legge che ha ricevuto siffatta interpretazione, e che certamente conserva sempre la sua stessa data (art. 2. [2], II).

2.° *Le leggi che regoano la capacità delle persone* cambiano la nostra capacità dal momento stesso della loro pubblicazione; ma è chiaro che rispettano la nostra anteriore capacità e mantengono tutti gli effetti che ha prodotti, perchè questi sono fatti compiuti. (ivi, IV).

3.° *Per le leggi che determinano la quota disponibile dei beni*, bisogna distinguere fra le disposizioni rievocabili (*testamenti*) e le irrevocabili (*donazioni e istituzioni contrattuali*). La nuova legge si applica alle prime, senza che vi sia retroattività, poichè queste disposizioni non hanno dato un dritto certo, ma soltanto una speranza, una eventualità, che la legge resta padrona di modificare o annullare. Essa è senza effetto riguardo alle seconde, poichè in queste tutto è stato compiuto e perfetto fin dal momento della loro formazione (ivi, V. - VII).

4.° *Nel caso di due leggi penali*, la seconda delle quali pronunzi una pena diversa dalla prima, si applicherà la più mite. Se è la prima, la sua applicazione è il risultato dei principj ordinari; se è la seconda, si applica per una retroattività fondata sulla ragione che deve cessar di fare una cosa, dal momento che n'è riconosciuta la ingiustizia (ivi, VIII).

5.° *Per la forma degli atti, le clausole da supplirvisi, le prove da ammettersi per la loro dimostrazione*, bisogna sempre applicare la prima legge, quella del giorno della formazione dell'atto; ma per le forme da seguire nell'esecuzione, la seconda cioè quella attualmente in vigore.

Di fatti quanto ai tre primi oggetti, la forma adoperata per l'atto è una cosa compiuta al momento che sopraggiunge la nuova legge: ... le clausole da supplirvisi debbonsi dedurre dall'intenzione delle parti; ma questa intenzione non ha potuto riferirsi ad una legge che non esisteva ancora; ... in fine la facoltà d'invocare il tal genere di prove che permetteva la legge del giorno della formazione è un dritto sul quale le parti hanno do-

vuto contare, e reciprocamente esse non hanno dovuto contare che sulle prove allora permesse. All'opposto, per le formalità da seguire nell'esecuzione, le parti non hanno mai dritto acquisito al loro mantenimento; nella esecuzione del loro contratto possono contare, ma non già sul modo pel quale si giungerà a questa esecuzione.

Finalmente per le leggi che regolano la prescrizione, l'ultima è quella che deve applicarsi a tutte le prescrizioni non ancora compiute nel tempo della sua promulgazione. In effetti la prescrizione, tolta dal legislatore civile a prestanza dal dritto naturale, come una delle basi indispensabili di ogni sociale organizzazione, è al più alto grado una istituzione di ordine pubblico, epperò il legislatore è padrone in ogni tempo di adottare per l'avvenire, e da quel tempo stesso, il sistema che crede più vantaggioso alla società. In conseguenza colui a profitto del quale decorre la prescrizione non ha che una speranza, e non un dritto acquisito di prescrivere nel tale termine e sotto tali condizioni; di guisa che la legge può cambiare le condizioni, prolungare il termine, o anche rendere impossibile la prescrizione. Reciprocamente, colui contra il quale corre la prescrizione, non potendo avere il dritto immutabile, sia di conservare sempre come imprescrittibile la cosa che oggi è tale, sia di non veder compirsi la prescrizione che sotto talune condizioni, la legge può oggi dichiarare prescrittibile ciò che ieri non l'era, o stabilire per tale prescrizione un termine più breve e de' mezzi più facili de' precedenti, purchè, ben inteso, questi effetti non comincino a partire dalla promulgazione della nuova legge (ivi IX-XIII).

Una importante osservazione sulla retroattività delle leggi è che se essa è impossibile in logica, è al contrario possibilissima in fatto, e talvolta si presenta effettivamente. Senza dubbio in tal caso vi ha contraddizione ai veri principj del diritto; ma il sociale organismo, l'ordine politico, non comportando autorità superiore alla legge, vi ha forza maggiore di accogliere sempre le sue disposizioni, quantunque ingiuste, tanto sotto questo che sotto qualunque altro rapporto (ivi XIV).

IV. — Oltre le divisioni di già nella introduzione indicate, le leggi (che sono tutte personali, nel senso che tutte si dirigono alle persone, e sono fatte nell'interesse delle medesime) dividonsi in *personali* e *reali*, secondo che hanno per precipuo obbietto di regolare le persone o le cose.

Le leggi personali si suddividono in: 1.^a leggi di polizia, che hanno per oggetto il buon ordine e la tranquillità pubblica. Queste non obbligano che le persone le quali attualmente trovansi sul territorio francese, e le obbliga-

Marcadé T. I.

no tutte (eccetto gli agenti diplomatici delle potenze); 2.^a leggi personali propriamente dette, le quali sono dirette a' soli francesi, per regolare lo stato e la capacità loro.

La diversa natura, e gli effetti in conseguenza anche diversi, delle leggi reali e delle leggi personali, possono a primo aspetto sorprendere; intanto sono perfettamente logici.

Di fatti avendo il sovrano il potere sul territorio che forma il suo impero, come sulle persone che compongono il suo popolo, bisogna riconoscere delle cose francesi, come si riconoscono delle persone francesi, e dire che il sovrano ha il dritto di dare ordini o divieti, sì per le une, come per le altre. Si può dunque esprimere il risultamento di queste due specie di leggi, dicendo: *Le persone francesi, secondo la tale legge ad esse diretta, possono o non possono...* (assolutamente, ed in qualunque luogo si trovino); indi, *le cose francesi, secondo la tale legge fatta per esse, possono o non possono...* (assolutamente, e chiunque sia il loro proprietario). In guisa che le leggi reali si applicheranno a tutti i beni siti in Francia, altresì a quelli che appartengono agli stranieri, e le leggi personali a tutte le persone francesi, anche residenti o domiciliate in paese straniero (finchè, ben inteso, continueranno ad essere francesi).

È molto importante, come si vede, ma non è sempre agevole di poter distinguere le leggi reali dalle leggi personali. Bisognerà per questo esaminare, astrazion fatta dalla redazione che presenta la legge, qual sia stato lo scopo definitivo, il risultamento ultimo, che il legislatore abbia voluto conseguire, e vedere se ha avuto principalmente in mira la cosa, parlando della persona solo accidentalmente ed a proposito di questa cosa; o pure se particolarmente siasi voluto occupare della persona. Una regola molto semplice, e che sarà di una frequente applicazione, è di vedere se il divieto fatto contro una persona, per esempio quello di trasmettere o di ricevere, non sia la conseguenza e l'applicazione ad un caso particolare di una generale incapacità di questa persona. Se è così, questo è uno statuto personale; in caso opposto, è reale.

Il principio che la legge reale francese regola le cose francesi, anche quando appartengono agli stranieri, debbe applicarsi tanto a' mobili che agl'immobili, finchè questi mobili trovansi in Francia.

Ma la regola, che assolutamente impone la legge personale o reale francese alle persone ed a' beni siti in Francia, soffre eccezione allorchè si tratta della forma degli atti. In tal caso, sebbene l'atto (ed in conseguenza il testo legale che ne determina la forma) sia relativo alle persone o alle cose francesi, pur nullameno gli si applicherà la legge del paese,

in cui l'atto è redatto. La massima: *locus regit actum* si è sempre proclamata come il risultamento della natura stessa delle cose, ed è stata altresì dal nostro codice consacrata (art. 3 [5]).

§. 3. — Applicazione delle leggi (art. 4. 5. 6)
[4. 3. 7].

V. — Su di ciò il legislatore prescrive tre importanti regole:

1. Non potendo la legge tutto prevedere, nè sempre spiegarsi molto chiaramente, e nondimeno la giustizia dovendo essere sempre renduta, è ingiunto a' giudici di pronunziare sempre, decidendosi, in caso d'insufficienza o di oscurità della legge, secondo i lumi della loro ragione e i principi dell'equità. Siffatta ingiunzione, che del rimanente non è di alcuna applicazione in materia penale, implicitamente contiene la consacrazione di tutti i precetti del dritto naturale (art. 4 [4]).

2. Il potere giudiziario dovendo essere completamente separato dal potere legislativo, è proibito ai giudici d'immischiarsi nelle funzioni del legislatore, pronunziando in via di disposizione generale o regolamentaria. Da ciò segue che le interpretazioni che i giudici danno della legge, e le decisioni che pronunziano sulle quistioni ad essi sottoposte non sono mai obbligatorie che in quanto alla disputa di cui si tratta, ed a favore o contra le parti che han figurato sia nella causa, per sè stesse, sia per mezzo di persone che esse rappresentino.

Di fatti la sentenza non si applica che al tal fatto determinato; la forza giudiziaria differisce dalla forza legislativa, dapprima in quanto che essa non regola che il passato, e poi in quanto che ha per carattere la specialità, l'individualità. Se spesso i tribunali procedono per generali proposizioni, per principii o considerazioni, che nulla hanno di particolare, ciò accade solo ne' motivi della sentenza che pronunziano, e per discendere da quelli al fatto preciso che regolano nel *dispositivo*, che solo costituisce la sentenza (art. 2 [2]-II, e 5 [3]-II).

N. B. — Nè la corte di cassazione nè il ministero pubblico fan parte del potere giudiziario. L'ultimo rientra nel potere esecutivo; la prima è una commissione per l'interpretazione delle leggi (art. 5 [3]-V).

3. Finalmente, dovendo una legge generale cessare di applicarsi ne' casi particolari previsti da una legge speciale, e le convenzioni legalmente formate tenendo luogo di legge per coloro che le fanno, il codice riconosce che queste convenzioni potranno sempre derogare alle leggi ordinarie, allorchè queste hanno unicamente per obbietto l'interesse puramente privato delle persone. Ma quando si tratta di leggi che, da vicino o da lungi, interessano l'ordine pubblico o i buoni costumi, niuna derogazione ad esse è possibile, senza che si abbia bisogno di ricercare se il legislatore abbia o pur no presa la cura di vietare espressamente siffatta derogazione (art. 6 [7]) (1).

(1) Tra le disposizioni preliminari delle leggi civili vi ha quella dell'art. 6 delle medesime, che qui trascriviamo alla lettera, perchè non esistente nel Codice francese: — Art. 6. « Le leggi che restringono il

« libero esercizio de' diritti del cittadino, e che for-
« mano eccezione alle regole generali o ad altre leg-
« gi, non si estendono al di là de' casi e de' tempi in
« esse espressi. » (Nota del traduttore.)

LIBRO PRIMO.

DELLE PERSONE.

SOMMARIO.

- I. Divisione del sodio in tre libri, ciascuna de' quali tratta di uno speciale oggetto: le persone, le cose, i rapporti delle persone con le cose.
- II. Significato della parola *persona* nel nostro diritto francese. — Notizie sul diritto romano. — Errore di Toullier.

I. — Il codice civile, come si è detto, si divide in tre libri.

Il primo libro si occupa principalmente delle persone, de' diversi stati no' quali si possono trovare, e della capacità che per esse ne risulta.

Il secondo libro tratta delle cose o de' beni, delle loro diverse specie, e de' dritti che le persone vi possono avere.

Non bisogna credere per questo che il primo libro contenga delle leggi personali, ed il secondo libro delle leggi reali soltanto. Senza dubbio si troveranno nel primo più statuti personali che reali, e viceversa; ma siccome non è possibile trattare l'un di questi due obbietti di dritto, facendo completa astrazione dall'altro, necessariamente s'incontreranno alcune leggi reali nel primo libro, come se ne troveranno delle personali nel secondo.

Nel libro terzo, il legislatore, dopo di aver discorso delle persone e de' beni, spiega i diversi mezzi con cui le prime possono esser messe in rapporto co' secondi; cioè stabilisce i diversi modi di acquistare i vari dritti che si possono avere su i beni.

Sicchè formano oggetto del codice le persone, le cose, i rapporti delle persone con le cose.

II. — Ora, pria di entrare nella spiegazione del libro, indaghiamo quel che significa nel nostro codice la parola *persona*, sul senso della quale generalmente non si è di accordo.

Ordinariamente per *persona* intesi un uomo, un individuo; e, secondo noi, questo è il senso che gli ha dato il nostro legislatore. Per contrario, secondo Toullier, la parola *persona* ha nel dritto un significato tutto diverso; significa non l'individuo in sé stesso, ma bensì il posto che occupa il medesimo nella società a causa delle diverse qualità civili di cui gode. Mi spiego:

La capacità di un individuo, i suoi dritti, e le sue obbligazioni dovendo variare secondo

che sia pubere o impubere (cioè in età di potersi maritare o pur no, minore o maggiore, celibe o ammogliato, che abbia o no ascendenti, ec.); l'insieme di queste diverse qualità costituisce il suo stato nella società, il suo *status civile*. Ebbene! Secondo Toullier, la parola *persona* indicherebbe il risultamento di questo stato, la quale parola troverebbesi così presso a poco sinonima di *personaggio*, e sarebbe la traduzione di *persona* de' latini.

Siffatta teorica, vera nel diritto romano, non è certo passata nel nostro diritto francese.

Richiamiamo qui a mente quale impronta tutta particolare, quale singolare fisionomia presentava la romana legislazione.

In Roma lo stato civile, la parentela, la famiglia civile, la patria potestà, ec., erano con più forza organizzate che presso noi; il diritto aveva veramente creato una seconda natura, una natura giuridica, accanto alla vera natura dell'uomo. La persona civile non era la persona naturale, la parentela e la famiglia civile non erano la parentela e la famiglia naturale, il matrimonio del diritto civile non era il matrimonio del diritto naturale (benchè quest'ultimo fosse anche riconosciuto dalla legge). Vi erano effettivamente due specie di persone, l'uomo secondo la natura e l'uomo secondo il dritto, siccome eranvi due specie di matrimonio, due specie di famiglia e di parentela.

Non è inutile dare su di ciò alcune nozioni, le quali facciano ben intendere talune idee principali di siffatta veramente strana legislazione.

Presso noi, come si osserverà, gli effetti della patria potestà sono semplicemente: 1. di dare a colui che l'esercita l'amministrazione della persona del figlio e de' beni di esso, se ne abbia, sino alla età maggiore o alla sua emancipazione; 2. di attribuirgli l'usufrutto di tali beni finchè il figlio sia emancipato, o abbia compiuto il suo diciottesimo anno (1). Dopo la maggiore età o la emancipazione la patria potestà non ha più che una nominale esistenza, occetto in quanto al matrimonio del figlio, il quale non può contrarlo che ottenendo il consenso, o dimandandone consiglio ai suoi ascendenti. Del rimanente, il figlio di

(1) Presso di noi quando il padre sia premorto, la madre avrà la metà dell'usufrutto sino a che il figlio

non giunga alla maggiore età o sia emancipato — D. cc. art. 208 2.º comma. (Nota del traduttore.)

famiglia, ammogliandosi, diviene anch'esso padre di famiglia, e quantunque sempre dipendente dalla patria potestà, indebolita come ora si è detto, egli stesso eserciterà questo potere nella sua integrità sui figli che nasceranno da questo matrimonio.

In Roma è tutt'altra cosa. In ciascuna casa un sol uomo è il *pater-familias*, signore della famiglia; e la famiglia, osservisi bene, è l'aggregato di tutte le persone e di tutti i beni che compongono la casa. Il danaro, le terre, gli armenti, le case, gli schiavi, i figli sono altrettante cose che compongono la famiglia, cioè una unità giuridica, un patrimonio legale, la cui proprietà integrale ed indivisibile appartiene al capo necessariamente unico, a colui che solo è capace di dominio, *capax dominii*, suscettivo di essere proprietario, che trovasi nelle condizioni richieste per appartenere a sè stesso, *sui juris*, ed indi avere delle cose che gli appartengono. Così la legge delle dodici tavole dice che alla morte del capo di famiglia raccoglierà questa famiglia il suo più prossimo parente, *proximus agnatus familiam habet*. La parola *pater-familias*, alla quale inesattamente corrisponde presso noi la scolastica espressione di *padre di famiglia*, significa dunque con esattezza il proprietario, ma con un significato più ampio e più severo che presso di noi: è colui *qui in domo dominium habet*, sulla testa del quale poggia tutta la proprietà, tutto il potere, tutta l'autorità, tutta la signoria, in una parola tutta la proprietà; imperocchè pe' romani tutte le idee di superiorità si riassumono in ciò. Ogni altro uomo che non sia *sui juris*, o *pater familias*, è incapace di proprietà, val dire di una supremazia o potere qualunque su checchessia; poichè nulla può appartenere a colui che non appartiene a sè stesso, che è *alieni juris*; quindi i figli che nascono da' *fili-familias*, come quelli che nascono da' *servi*, appartengono tutti al *pater-familias*, come pure tutte le cose che questi figli e questi schiavi possono acquistare, e che pervengono per mezzo di essi all'unico proprietario della famiglia.

Cosiffatto potere, cosiffatta proprietà del *pater-familias*, sì energica ed assoluta, non deve terminare nè rallentarsi in verun'epoca, per niuno avvenimento; non si estingue che alla morte del capo, meno che questi volontariamente non la infranga, vendendo le persone o le cose che ne fanno l'oggetto. Diciamo vendendo, perchè, come si è detto, reasumendosi i diversi caratteri di quest'autorità nell'idea di proprietà, quest'autorità quanto alla teorica giuridica si risolve sempre per mezzo di una vendita, anche quando si tratta o di far entrare un figlio nella famiglia di un altro capo, o di render lo stesso capo di fami-

glia, *sui juris*; l'emancipazione e del pari l'adozione si fanno per *imaginarie venditiones*. Sicchè, qualunque sia l'età di un figlio di famiglia e la sua posizione nella società, rimane sempre *alieni juris*, incapace di proprietà, di signoria, e su di sè stesso, e su di qualunque cosa, assolutamente dipendente dalla potestà del suo *pater-familias*.

Per non più parlare che di quanto concerne i figli, la famiglia, questa famiglia legale, giuridica, non si forma che di maschio in maschio. Il *pater-familias* ha nella sua famiglia e sotto la sua potestà tutti i suoi figli maschi o femmine, tutti i figli de' suoi figli, tutti i pronipoti, e così discorrendo. Relativamente ai figli delle figlie essi non sono nella sua famiglia, nè in conseguenza sotto la sua potestà; sono nella famiglia del loro padre o dell'ascendente al quale questi è anche sottoposto. Così un individuo può aver de' figli e de' nipoti, ed intanto non essere *pater-familias*; viceversa un figlio può essere padre di famiglia nel nascere; basta a tal uopo che i suoi ascendenti siano morti. In una parola il *pater-familias* è colui che è *sui juris*, che ha comando ed autorità, infine *drillo di proprietà*, quand'anche nulla fosse attualmente dipendente da tal dritto, e che la sua famiglia di lui solo si componesse.

Siccome la figlia, del pari che il figlio, è nella famiglia del padre e vi resta sempre, tanto dopo che prima del suo matrimonio, e siccome d'altra banda i figli che nascono da essa si trovano nella famiglia del marito di lei, padre loro, ne segue che il figlio non è mai della stessa famiglia di sua madre. Fra loro non vi è affatto parentela civile, sono parenti secondo natura, *cognati*, ma non parenti secondo la legge, *agnati*. Quindi il figlio non eredita mai i beni di sua madre.

Nonpertanto la legge offre un mezzo come far entrare la donna, per eccezione a' principi, nella famiglia e sotto la potestà del suo marito, in *manu mariti*, e renderla in tal guisa parente de' suoi figli. Questo mezzo produce lo stesso effetto che l'adozione della donna fatta dal marito; la moglie diventa la figlia del proprio marito, ed in conseguenza trovasi sorella de' figli, ai quali dà la vita, e che senza di questo le sarebbero stranieri. Siffatta potestà del marito sulla moglie, siffatta proprietà (poichè il genio romano ne spinge sempre a questa idea) si acquista ordinariamente, o *coemptione*, per la compra che il marito fa della moglie dal *pater-familias* di costei: o *usu*, per prescrizione che si compie sulla stessa, come su tutte le cose mobili, con un anno di possesso, in conformità ai principi dell'*usucapio* (da *usucapere*, acquistare coll'uso). Vi era un terzo ed ultimo modo più nobile de' due primi, la *confarreatio*, ce-

timonia sacra, nella quale figurava una piccola focaccia (*farreum*) nella quale la potestà del marito si produceva per l'intervento degli Dei: ma questo modo non era adoperato che dalle famiglie patrizie (1).

Da ciò che innanzi si è detto si scorge come sian vere queste parole del giureconsulto romano Gaio (coment. 1, § 35) *Fere nulli alii sunt homines qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus*. Certamente avrebbersi bene potuto sopprimere la restrizione *fere*.

Del rimanente noi abbiamo in Francia qualche cosa che riproduce un'immagine perfetta dell'*adgnatio* o parentela civile de' romani, ed è la trasmissione del nome. Il padre dà il proprio nome a tutti i suoi figli e figlie, a tutti i nipoti, e così di maschio in maschio, ma giammai a' figli delle sue figlie. La legge romana dice de' figli: *Patris, non matris familiae sequuntur*; potremmo dire noi: *Patris, non matris nomen sequuntur*. Tutti i membri di una famiglia che appo noi hanno il medesimo nome, in Roma sono agnati, parenti civili.

Perchè un figlio sia nella famiglia, e perciò sotto la potestà del padre suo, in Roma bisogna, o 1.^o che sia stato concepito in *iustis nuptiis*, o 2.^o che sia stato adottato.

1.^o *Dicesi nuptiae o matrimonium* il matrimonio contratto secondo le regole particolari del diritto civile. Vi è una seconda specie di matrimonio chiamato *concubinatus*, che non si deve perciò confondere con quello che si chiama presso noi concubinato (lo *stuprum* de' romani), ma che non essendo accompagnato dalle condizioni prescritte dalla legge, non unisce il figlio a suo padre, in guisa che fra essi non vi è parentela civile.

2.^o L'adozione, della quale si distinguono due specie (l'adozione propriamente detta e l'*arrogazione*), è l'atto col quale io fo entrare nella mia famiglia e sotto la mia potestà un figlio ch'era straniero. Havvi adozione propriamente detta quando per venire sotto la mia potestà il figlio esca da quella di un altro; vi ha *arrogazione* quando io adotto un individuo *sui juris*, padre di famiglia.

Vediamo ora come si costituisce lo stato civile.

In Roma le qualità di padre o di figlio di famiglia, di pubere o d'impubere, di celibe o di maritato, sono indifferenti, e non si prendono in considerazione per stabilire lo stato

civile dell'individuo. Queste qualità secondarie sono poco importanti perchè se ne tenga conto in una legislazione in cui tutto è così fortemente organizzato.

Di tre elementi si forma lo stato civile: la libertà, la cittadinanza, la famiglia: *tria sunt quae habemus*, dice il giureconsulto Paolo, *libertatem, civitatem, familiam* (l. 11 Dig. de capite minutis). La perdita di un solo di questi tre elementi produce la perdita o il cangiamento dello stato civile.

Perdita o cangiamento, imperocchè talvolta lo stato anteriore non è perduto che per essere sostituito da un altro: talvolta al contrario si perde assolutamente. Essendo una la classe degli uomini liberi, ed una parimenti la classe de' cittadini, colui che perde la libertà o il diritto di cittadinanza trovasi definitivamente spogliato di uno degli elementi dello stato; al contrario il numero delle famiglie essendo illimitato, non si esce mai da una che per entrare in un'altra, e ciò quand'anche si fosse solo in questa nuova famiglia. Alorchè dunque si perde solo il diritto di famiglia non v'è perdita, ma semplice cangiamento dello stato civile; così dicesi: *familia mutatur*, ed al contrario, *libertas amittitur, civitas amittitur* (Paolo, 11, D. de cap. min.; Ulp. reg. tom. II, 13). Colui che perde la libertà o la cittadinanza è cassato dalla lista dei cittadini: colui che esce dalla sua famiglia è sempre iscritto su questa lista, soltanto è in un altro posto come appartenente ad una nuova famiglia.

La perdita di uno de' tre elementi che costituiscono la famiglia chiamasi *capitis diminutio*, diminuzione di capo. In effetti quando essa ha luogo la classe degli uomini liberi, o quella de' cittadini, o infine la famiglia, contano un capo, un membro di meno. Nell'inversa si applica all'individuo la diminuzione subita dalla società, di cui cessa di far parte, e questi è quello che dicesi *capite minutus*.

Costituendosi lo stato civile di tre elementi, vi ha tre perdite di stato, tre diminuzioni di capo. La perdita della libertà trae seco quella della cittadinanza e della famiglia, e questa è la grande diminuzione di capo, *maxima capitis diminutio*; la perdita della cittadinanza lascia la libertà, ma toglie il diritto di famiglia, e questa è la *media capitis diminutio*; infine la piccola diminuzione di capo,

(1) Su tutto ciò vi sarebbero delle belle osservazioni filosofiche a fare; vi sarebbero a dedurre gravi e preziosi insegnamenti dal ravvicinamento della romana legislazione con la legislazione francese, del diritto pagano col diritto cristiano. Di tal che era nostra intenzione di dare sul principio di questo primo volume della nostra opera, un compendio storico e fi-

losofico su i progressi del diritto dalla fondazione di Roma insino a' nostri giorni. Ma le poche pagine che abbiamo scritte su tal soggetto ci è paruto meglio allargarne i nostri studi della scienza religiosa. Possono leggersi nella prefazione storica e filosofica messa in principio del volume.

minima, si effettua quando vi è solo cambiamento di famiglia.

Così dunque la persona, naturalmente parlando, e l'individuo stesso, ma, civilmente parlando e nel dritto, è la *parte* che rappresenta quest'individuo, lo stato che occupa. Allorchè dunque questo individuo subisce una diminuzione di capo si vede sempre in lui lo stesso uomo, ma il diritto civile non vi vede più la medesima persona.

Così trovansi estinte le obbligazioni civili che esistevano contra di lui prima della diminuzione di capo, mentre le obbligazioni puramente naturali proseguono sole a sussistere; Gaio dice: *Eas obligationes quae naturalium praestationem habere intelliguntur, partem est capitis diminutione non perire; quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest* (L. 8. de cap. min.). — Così l'usufrutto, che è una servitù personale, cioè stabilita soltanto in profitto della persona, e che deve in conseguenza estinguersi quando la persona cessa di esistere, in effetti si estingue per ogni diminuzione di capo: *omittitur ususfructus capitis diminutione* (Paolo lib. 3, t. VI, § 28.) — Così eziandio un testamento non potendo avere effetto alla morte di una persona, quando non è questa persona che l'abbia fatto, ogni testamento trovasi annullato da ciascuna delle tre diminuzioni di capo: *Testamenta jure facta infirmantur, cum is qui fecerit testamentum capite diminutus sit*. (Gaio, comm. 2, § 113).

Ma queste teoriche sono esse passate nella nostra legislazione? No certamente. Di tutte queste disposizioni della legge romana, neppure una n'è stata accettata dal nostro dritto francese, tutto semplice, tutto conforme alla natura. Apponoi non vi sono due specie di persone, come non vi sono due specie di matrimonio, due specie di parenti, due specie di famiglia. Per noi la persona è l'uomo, e quando ha luogo un cangiamento di stato la persona rimane sempre la stessa; è modificata soltanto la sua capacità.

Se altrimenti fosse, se bisognasse dire anche presso noi che la persona non è l'individuo, ma sì beno la *parte*, il *personaggio* che rappresenta quest'individuo secondo il suo stato civile, e che però sempre che un avvenimento apporti un mutamento alla sua legale condizione, al suo stato civile, e così produce una nuova *parte*, tale avvenimento operi cangiamento di persona: se fosse mestieri ammettere un simile principio, si giungerebbe ad una teoria molto più straordinaria ancora, molto più strana di quella della leg-

ge romana... Presso di noi infatti non di soli tre elementi si costituisce lo stato civile di ciascheduno, ma si compone di molte qualità. Vi è per l'individuo cangiamento di stato quando da impubere che era diventa pubere, quando da minore diventa maggiore, quando trovasi liberato dalla potestà paterna, quando contrae matrimonio ec. In tutti questi casi bisognerebbe dire che non è più la stessa persona che sussiste, e che in conseguenza è estinto l'usufrutto che apparteneva a questa persona, che il suo testamento è nullo, ec.!

E non si ereda di vedere nella morte civile, creata dal nostro codice negli art. 22 a 33 [26 a 33] (1), la consacrazione per un caso particolare di questa distinzione assoluta che facevasi in Roma fra la persona e l'uomo, fra l'individuo giuridico e l'individuo naturale.

La morte civile, istituzione tanto mostruosa in morale come in logica, o che i nostri legislatori senza dubbio si decideranno un dì a fare scomparire dalle nostre leggi (se n'è fatta già questione nel 1832), la morte civile nulla ha di comune con le diminuzioni di capo o cangiamenti di persone de' romani. In Roma dopo una diminuzione di capo la legge più non vede lo stesso individuo giuridico, ma sempre lo stesso individuo naturale; non è più la stessa persona, ma sempre lo stesso uomo; nella massima diminuzione è lo stesso uomo divenuto schiavo da libero che era; nella media è lo stesso uomo divenuto straniero da cittadino che era; nella minima è lo stesso uomo che appartiene a diversa famiglia. Presso noi la morte civile non estingue la persona per lasciar sussistere l'uomo; la morte civile, come l'addita il suo nome, è una finzione che opera (finchè lo permetta la forza delle cose, chè ben è stato mestieri restare ne' limiti del possibile) la morte legale, giuridica, dell'uomo in sè stesso; dopo la morte civile la legge non vede lo stesso uomo divenuto schiavo (imperocchè presso di noi non si riconosce la schiavitù), non vede lo stesso uomo divenuto straniero (poichè il morto civilmente non gode nemmeno de' dritti accordati agli stranieri), non vede più uomo, non vede più nulla; ai suoi occhi più non v'è che un cadavere, un morto (Vedi la spiegazione dell'articolo 33, n. 1) (2).

No, presso noi non v'è cangiamento di stato che possa estinguere o un dritto o un'obbligazione; così le servitù personali, cioè congiunte e appartenenti alle persone, l'usufrutto, l'uso, l'abitazione, ai termini degli art. 617 e 623 [512 e 550] non si estinguono che per la

1. Già innanzi abbiamo osservato che presso di noi non esiste morte civile; quindi i nostri articoli 26 a 33 non erano la morte civile come dice l'autore per gli articoli 22 a 33 del codice civile; ma solamente si oc-

cupano della privazione di alcuni dritti civili in conseguenza di condanne giudiziali (Nota del traduttore).

(2. Tolto nelle nostre leggi (Nota del traduttore).

morte tanto naturale che civile (1); imperciocchè solo per la morte la persona cessa di esistere, atteso che per la nostra legge francese la persona è lo stesso individuo, è l'uomo... Così la Corte di cassazione (2) ha giudicato che lo stesso schiavo, che in Roma non era che una cosa, *res*, presso noi costituisce una persona legale (3).

La sottile distinzione fra l'uomo e la persona non deve dunque prendersi presso noi più alla lettera, in quanto a quei *padri di famiglia*, senza famiglia nè paternità, di cui parlano gli articoli 450, 601, 692 [373, 526, 613], ec.; a quelle *istituzioni di eredi*, con cui non s'istituiscono eredi (1002 [938]); a quelle *eccezioni* per cui non vi è nulla da eccezzare (1360, 1361 [1314, 1315]); a quelle *prescrizioni prae-scripta verba, prae-scriptio*, in cui non figura alcuna scrittura 2219 [2125]; a tutte quelle espressioni romane, delle quali già la maggior parte erano vuote di senso fin da tredici secoli fa nella legislazione giustinianea, e che la forza della *rotina* ha soltanto fino a' tempi nostri conservato (4).

Si eviti dunque d'inserire nella nostra legislazione idee e teoriche pertinenti a venti secoli dietro, più o meno bizzarre, più o meno differenti dall'indole del nostro diritto in vigore, e con esso in manifesta contraddizione. Senza dubbio fa d'uopo essere istruito nel diritto romano, perchè è la fonte cui è stato attinto il nostro diritto civile, il quale, checchè possa dirsi, rimarrà sempre un enigma per coloro che si limiteranno al suo semplice studio. Sì, fa d'uopo esser istruito nel diritto romano, perchè esso è il diritto originale, e soltanto lo studio di quest'opera maravigliosa de' *giurisperiti* può far conoscere i principi giuridici e formare il giureconsulto, come lo studio de' dipinti e delle statue de' sommi maestri può soltanto dar la conoscenza delle regole dell'arte ed animare il genio dell'arti-

sta. Questo rispetto però al diritto romano non dev'esser cieco; questo predominio, al quale è necessario sottoporci, non dev'esser tale da lasciarci condurre fino all'assurdo; bisogna studiare il diritto romano non già per riprodurre una copia e indietreggiare fino ad esso; ma per chiedergli una norma che ci diriga per progredire nella nuova via che nel 1804 ci hanno aperta i codici.

TITOLO PRIMO

Del godimento e della privazione de' diritti civili.

(Decreto li 8 marzo 1803. — Promulgato li 18.)

Questo titolo è diviso in due capitoli.

Nel capitolo primo, *del godimento de' diritti civili*, vedremo — 1.° che questo godimento è inerente alla qualità di francese, sul quale proposito si dirà come siasi francese, e come *ciudadino francese*; — 2.° sotto quali condizioni si concede siffatto godimento agli stranieri.

Nel capitolo secondo, *della privazione dei diritti civili*, il legislatore ci farà conoscere che il francese in due modi può esser privato de' diritti civili: 1.° per la perdita della sua qualità di francese, la quale può aver luogo per cinque diverse cagioni; 2.° in forza di condanne giudiziarie.

CAPITOLO PRIMO.

DEL GODIMENTO DE' DIRITTI CIVILI.

7 [9]. — L'esercizio de' diritti civili è indipendente dalla qualità di cittadino, la quale non si acquista e non si conserva che in conformità della legge costituzionale (5).

(1) Nel nostro articolo 542, al quale si riporta anche l'art. 550 si sono tolte le parole *morte civile*. (Nota del traduttore).

(2) Cassaz. di un arresto della Martinica, 8 febbraio 1839 (Dev. 39, 1, 612). Del rimanente la schiavitù è finalmente scomparsa dalla nostra colonia, grazie alla rivoluzione del 1848. *Constituz.* art. 6.

(3) Il nostro diritto patrio non è stata mai riconosciuta la schiavitù, a partir dall'epoca che scomparvero le disposizioni del diritto romano, per virtù delle quali era in vigore. (Nota del traduttore).

(4) Così ancora noi conserviamo al quattro ultimi mesi dell'anno i nomi di *settembre, ottobre, novembre e dicembre*, sebbene siano il nono, decimo, undecimo, o duodecimo. Così pure, malgrado la presenza del cristianesimo, noi abbiamo tuttora i giorni della settimana (come gli altri mesi dell'anno) sotto il nome a l'invocazione degli Dei pagani (*Lunas-dies, Martis-dies, Mercurii-dies, Jovis-dies, Veneris-dies*), con questa particolarità che il giorno dell'anno più sacro per noi, il giorno

anniversario della morte dell'Uomo-Dio, trovavasi preannunciato sotto la invocazione della Dea dell'impudicizia: noi piamente fra tutti celebriamo il *VENERABILI SANTO, sanctus Veneris dies, il sacro giorno di VENERE*!... E per ritornare a questo furono rigettate nel 1806 le denominazioni tanto convenevoli e ragionevoli del nostro calendario repubblicano!... Quanto forte ha la *rotina*!

(5) Il nostro articolo 9 rinuncia insieme quanto si stabilisce dagli art. 7, 8, 11, e 13 del codice civile, ma con qualche riforma. Dispone in prima appartenere ai nazionali del regno delle Due Sicilie l'esercizio così dei diritti civili come de' diritti politici; quindi concede l'esercizio de' soli diritti civili: 1.° agli stranieri per quei diritti che la nazione cui essi appartengono accorda ai nazionali; salva le eccezioni che per transazioni diplomatiche potrebbero aver luogo. — 2.° agli stranieri ammessi dal governo a stabilire il loro domicilio nel regno, per tutto il tempo che continueranno a risiedervi. (Nota del traduttore).

I. — Si chiamano *diritti civili* le facoltà che si esercitano ne' rapporti delle persone private tra loro, e che sono conferite dalla legge civile, dal *diritto privato*, quale lo abbiamo definito al n. XI dell' *introduzione*. Per esempio, le facoltà di succedere, di disporre o di ricevere per donazione o per testamento, di contrarre matrimonio e di reclamarne i benefici, di adottare o d'essere adottato e di raccogliere gli utili dell'adozione, ec. ec.

Non bisogna confondere questa classe di diritti con i *diritti civili o politici*, i quali derivano dal *diritto pubblico*, e costituiscono la parte attribuita ai vari membri della società nell'esercizio del pubblico potere; per esempio i diritti d'esser giurato, elettore, rappresentante, di far parte della guardia nazionale, ec.

L'esercizio de' diritti civili, dice il nostro articolo, è indipendente dalla qualità di cittadino; è sufficiente per averlo, giusta quel che prescrive l'articolo seguente, d'essere francese. Per soli diritti civili si richiede eziandio il titolo di cittadino.

II. — Questo titolo di cittadino, secondo l'articolo in esame, si acquista e si conserva conformemente alle regole stabilite dalla legge costituzionale. La legge cui l'articolo allude era la costituzione del 22 frimaio anno VIII. Questa costituzione fu surrogata dalla carta del 1814, la quale lo fu del pari da quella del 1830, che diede luogo alla sua volta alla costituzione del 1848, senza che alcuna di queste tre ultime leggi si fosse occupata di regolare, come si faceva dalla prima, le condizioni richieste per essere cittadino. Al presente non vi è più in ciascun dipartimento, come era prescritto dall'art. 2 di quella costituzione, il registro sul quale i francesi, maggiori di età, possano farsi iscrivere per ottenere il titolo di cittadino. Vedremo, spiegando l'art. 12, n. IV e V, che la conseguenza a dedursi da questa mancanza di condizioni determinate è la seguente: oggidì per esser cittadino è sufficiente esser francese di origine, maschio e maggiore.

• [9]. — Ogni francese gode de' diritti civili.

SOMMARIO

- I. Differenza tra il godimento e l'esercizio d'un diritto.
- II. Si è francese o per la nascita o per un beneficio posteriore alla legge. — Quando lo si è per nascita? Nel matrimonio il figlio segue la condizione del padre; senza matrimonio egli lo segue ritardando se il padre lo ha riconosciuto, e segue quella della madre quando essa sola lo riconosce. — In mancanza di riconoscimento o di riconoscimento il figlio appartiene al paese in cui nasce.
- III. Quando il figlio deve seguire la condizione del padre gli si attribuisce quella che costui aveva nel momento del concepimento; se deve seguire quella della madre si segue il momento della gravidanza, il più vantaggio per lui.

IV. L'attribuzione della qualità di francese per beneficio della legge ha luogo in cinque modi.

I. — La sola condizione richiesta per avere il godimento de' diritti civili è, secondo quel che prescrive il nostro articolo, d'essere francese (purché, notisi, non si sia perduto questo godimento in forza d'una condanna).

E mestieri però distinguere il *godimento* de' diritti civili dall'*esercizio* di questi diritti; il godimento de' diritti civili ne è, per così dire, la proprietà, l'esercizio ne è l'uso. Ora è possibile che un diritto ci appartenga e che intanto attualmente non ci sia permesso d'usarne: e però molti francesi non hanno l'esercizio de' diritti civili, quantunque per la sola loro qualità ne abbiano il godimento. Così il minore e la donna maritata godono di tutti i loro diritti civili, ma non li esercitano; l'esercizio della maggior parte di essi è confidato, pel minore al tutore, per la moglie al marito. Diciamo *della maggior parte*, e non di tutti, imperocché ve ne ha di quelli che debbono essere esercitati soltanto dalla persona cui appartengono: per esempio il marito non potrebbe fare il testamento della moglie, ed è chiaro che il tutore non potrebbe contrarre matrimonio pel minore.

A coloro a' quali la legge vieta l'esercizio de' diritti di cui hanno il godimento, si è dato il nome generico d'*incapaci*. Le principali disposizioni relative agli *incapaci* si rinvencono negli art. 215 [204] e seg., al titolo del *matrimonio*, per la donna maritata; 388, 389, 430, 481 [311, 312 n. 1., 352, 404] al titolo *della tutela*, e 1305 [1259], pel minore; 489, 509 [412, 432] per l'interdetto giudiziario; 29 [17] del codice penale per l'interdetto legalmente; 1124 e 1125 [1078 e 1079], al titolo *delle obbligazioni*, per tutti. La spiegazione successiva di questi differenti articoli ci farà comprendere la teoria delle incapacità.

II. — Sicchè per la sola qualità di francese se non si ha l'esercizio si ha almeno il godimento de' diritti civili. Ma in qual modo si diviene francese? A siffatta questione il codice non risponde compiutamente nè categoricamente.

Si diviene francese o per la semplice nascita, o per un avvenimento posteriore cui dalla legge è stato annesso questo vantaggio.

Per determinare quando il figlio è francese per la nascita, fa d'uopo distinguere tre casi, secondo che si tratta: 1° o d'un figlio legittimo; 2° o d'un figlio naturale riconosciuto dai suoi genitori, o da uno di essi soltanto; 3° o d'un figlio naturale non riconosciuto.

1.° È francese per nascita il figlio legittimo nato da un padre francese, sia in Francia, sia in paese straniero, qualunque fosse la condizione della madre; se poi il padre è straniero, il figlio legittimo sarà del pari stru-

niero, quand'anche la madre fosse francese. La ragione di queste due disposizioni è che per effetto del matrimonio il figlio segue sempre la condizione del padre.

2.° Che se non vi è matrimonio, e per conseguenza si tratta d'un figlio naturale, nato in Francia od altrove poco monta, è necessario osservare se questi sia stato regolarmente riconosciuto o no. Se lo è stato, il riconoscimento, fatto secondo le regole prescritte, stabilendo ancora un rapporto legale tra il figlio e colui che lo riconosce, siccome è provato dall'art. 756 [674] al titolo delle successioni, il figlio seguirà la condizione di quello tra i due suoi genitori che lo avrà riconosciuto, e quella del padre nel caso che ambedue lo abbiano riconosciuto, chechè ne dicano Duranton (1—124) e Coin-Delisle (art. 10, num. 11); poichè, appartenendo allora questo figlio e al padre ed alla madre, sotto questo rapporto l'effetto è lo stesso di quello che si avrebbe nell'esistenza del matrimonio (1).

3.° Ma se non vi è stato riconoscimento nè da parte del padre nè della madre, il figlio non appartenendo ad alcuno, non si può più determinare la sua condizione secondo quella de' suoi genitori, i quali, legalmente parlando sono ignoti.

Noi diciamo che mancando un regolare riconoscimento il padre e la madre stessa rimangono legalmente sconosciuti. Di fatti non bisogna prendersi alla lettera presso di noi la massima romana *partus ventrem sequitur*, il figlio segue sua madre, ed immaginare che il figlio per appartenere a sua madre non abbia bisogno di alcuna formalità. Siffatta massima, secondo la quale in Roma il figlio seguiva sempre la condizione della madre, quando non vi era *justum matrimonium*, presso di noi è stata riconosciuta soltanto in quanto a che la gravidanza ed il parto essendo fatti apparenti, facili a comprendersi, e che stabiliscono tra il figlio e sua madre rapporti più stabili, il nostro codice dichiara sempre permesse le indagini e la prova giudiziaria della maternità, mentre sono generalmente vietate quelle della paternità. Tanto invero stabiliscono gli articoli 340 1.° comma e 341 [263 e 264] (2). (Abbiamo detto *generalmente*, perchè havvi un caso eccezionale nel quale sono anche permesse le indagini della paternità, giusta quanto è stabilito nel 2.° comma dell'art. 340 [263].) Ma se la maternità offre pel figlio una prova più facile e sempre permessa, questa presso

di noi non ha luogo giammai di pieno diritto; non risulta neppure, come generalmente si crede, dalla indicazione della madre nell'atto di nascita, ed è sempre necessario al figlio nato fuori matrimonio o non riconoscimento *volontario ed espresso* di sua madre, o pure una sentenza che dichiari la maternità di costei. Allorchè dunque non vi sarà stato nè riconoscimento, nè sentenza, il figlio legalmente non apparterrà a sua madre, e per conseguenza non seguirà la condizione di lei.

In qual modo si determinerà allora la qualità di questo figlio?... Si dovrà reputar francese per la sola ragione di esser nato in Francia. Di fatti la qualità di francese è in Francia la condizione generale, la regola; quella di straniero è l'eccezione. Or un'eccezione non può ammettersi che mediante prova; quando si procede per presunzioni e nel dubbio si applica la regola.

Per la medesima ragione il figlio nato in paese straniero nelle medesime circostanze sarà straniero.

III. — Si è dimandato se bisogna attribuire al figlio la condizione che aveva il padre (o la madre, a norma delle distinzioni che abbiamo stabilito) al tempo del concepimento del figlio, ovvero quella che egli aveva al momento della nascita di costui.

Alcuni scrittori hanno risposto, che il figlio non cominciando ad esser persona, e non potendo esser membro di questa o di quella società che per la nascita, la sua condizione doveva sempre esser quella che aveva il padre o la madre al momento in cui nacque. Siffatta decisione ci sembra erronea; noi crediamo che bisogna riportarsi al tempo del concepimento, quando la sua condizione deve determinarsi da quella del padre, e che, quando al contrario deve seguirlo quella della madre, sia mestieri scegliere o il tempo del concepimento, o quello della nascita, o un tempo intermedio della gravidanza, secondo che sia più vantaggioso per lui.

E da prima, allorchè la condizione del padre determina quella del figlio, bisogna necessariamente e sempre riportarsi al tempo del concepimento; così richiedono i principi, scolpiti al certo nella natura medesima delle cose. Di fatti, relativamente a suo padre, il figlio dal momento del suo concepimento forma una persona distinta, un essere a parte. Da questo momento non vi è alcuna dipendenza di lui rispetto al padre; questi può infermarsi, ed anche morire, senza che l'esistenza del figlio ne sia affetta o modifica-

rento non cita questi arresti nella sua edizione aumentata della nuova giurisprudenza.

(2) Il nostro articolo 264 corrisponde all'articolo francese 341, ma contiene un'aggiunzione che a suo luogo faremo notare. (Nota del traduttore).

(1) Delvincourt, R. de Villargues (v.° *Francesi*, n. 8.), Dalloz (v.° *Dr. civ.*, sez. 2.), Lagrange: *Essai crit.*, p. 61, Valette (su *Proudh.*, t. p. 123), Demolombe (1—149), Doull, 19 maggio 1835; Rig. 15 luglio 1840 (Dev. 36, 2, 97; 40, 1, 900). — Du-Marcadé T. I.

la. Senza dubbio questo figlio non costituisce ancora una persona compiuta, perfetta, e che possa dirsi fin da ora far parte di questa o di quella nazione, poichè un accidente posteriore può esser causa che egli non vegga la luce, e che non sia annoverato fra gli uomini; ma ciò non impedisce che la regola, la quale dee fissare in seguito la sua condizione, non sia fin dal presente stabilita, e non esista già in lui il germe, per così dire, della sua futura qualità. Ed in fatti che importano i possibili risultati della dipendenza intima in cui egli è rispetto a sua madre, se noi parliamo d'una ipotesi nella quale la legge fa astrazione da lei per tener conto soltanto del padre?... Una semplice osservazione basta per render evidente quanto sia giusto il nostro avviso. Supponiamo che il padre d'un figlio concepito durante legittimo matrimonio muoia alcuni giorni dopo il concepimento; quando verrà alla luce il figlio, il padre suo non avrà più condizione, non sarà nè francese, nè inglese, nè spagnuolo, non sarà niente perchè è morto; il figlio, del quale voi vorreste determinare la qualità da quella che ha il padre al tempo della nascita, sarebbe dunque purimenti niente...

Trovandosi poi nelle circostanze in cui la legge prescrive di determinarsi la condizione del figlio da quella della madre, in questo caso siamo di accordo doverci riportare al tempo della nascita, poichè fino a quel momento il figlio, messo in una dipendenza assoluta rispetto a sua madre, ammalato per la malattia di lei, morente per la morte di lei, non forma in certo modo che un solo essere con essa. Ma questo è un principio al quale bisogna fare eccezione in favore del figlio, quando cioè questo, che si dichiarerebbe straniero attenendosi al momento della nascita, dovrà invece considerarsi francese avendo riguardo al tempo del concepimento.

Infatti, secondo una finzione generalmente ammessa in diritto, che dalla legislazione romana è passata nella nostra, si reputa nato il figlio che è soltanto concepito quando il risultato è più vantaggioso per lui: *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*; gli art. 725 [616] (1) al titolo delle successioni, e 906 [822] al titolo delle donazioni, ci presentano delle applicazioni di questa finzione. Or agli occhi della legge è meglio essere francese che straniero, e siccome il codice stabilisce la massima *infans conceptus* negli art. 725 e 906 [616 e 822] in cui trattasi di questioni di proprietà, d'interessi pecuniari, per più forte ragione deesi appli-

plicarla quando trattasi d'una questione di stato, riguardata molto più favorevolmente dal legislatore come vedremo all'art. 54 [56]. Adunque quando il figlio, il quale sarebbe straniero se si avesse riguardo al momento della sua nascita, si troverà al contrario francese considerando il tempo del suo concepimento, a quest'ultima epoca bisognerà attersi.

Che se la madre straniera e nel tempo della nascita ed in quello del concepimento, fosse stata francese in un'epoca qualunque della sua gravidanza, è evidente che siffatte circostanze c'indurrebbero a dire che il figlio, essendo reputato al tempo in cui sua madre era francese di già nato e francese, nascerebbe perciò con questa qualità di francese, senza che la qualità di straniera in cui la madre posteriormente si è trovata possa nuocerli, atteso che in forza della finzione il figlio era già reputato esistere separatamente da lei. L'applicazione della massima *infans conceptus* richiede che si dica intorno alla qualità di francese quel che Marciano diceva in Roma relativamente a quella d'uomo libero: *Sufficit ei qui in ventre est, liberam matrem: vel medio tempore, habuisse* (Inst. Giust., l. 1, tit. IV.).

Del resto, quando si è una volta determinato il tempo al quale è uopo riportarsi per prendere o dal padre o dalla madre la condizione che deesi attribuire al figlio, è chiaro che bisogna sempre attenersi alla condizione che il genitore aveva in quel tempo, quand'anche questa istessa condizione si fosse mutata in seguito, e fosse differente nel momento, per esempio, in cui ha luogo il riconoscimento. Così immaginiamo che un figlio, riconosciuto da prima soltanto da sua madre straniera in tutte le epoche (figlio che per tal ragione sarebbe straniero se le cose rimanessero così), sia posteriormente riconosciuto da suo padre, straniero anch'egli nel momento in cui lo riconosce, ma che era francese in quello del concepimento; è chiaro che questo figlio sarà francese. Difatti, quando costui è riconosciuto da ambo i suoi genitori, egli deve seguire la condizione del padre. Or quando il figlio segue la condizione del padre gli si dee attribuire quella che il padre avea al tempo del suo concepimento; dunque nel nostro caso siccome il padre era francese al tempo del concepimento, così il figlio sarà del pari francese.

IV. — Si è inoltre francese, abbiám detto, per beneficio della legge. Vedremo che ciò può aver luogo in cinque modi differenti, quantunque il codice negli articoli che seguono ne indichi soli tre.

• [11]. — Qualunque individuo nato in Francia da uno straniero, potrà nell'anno

(1) Il nostro articolo 616 corrisponde all'art. 725 del Codice francese ha subito una riforma che indicheremo al luogo opportuno. [Nota del traduttore].

sussequente alla sua maggior età reclamare la qualità di francese; purchè, risedendo in Francia, dichiarò la intenzione di fissarvi il suo domicilio, ed abitando in paese straniero prometteva formalmente di stabilire il suo domicilio in Francia, ed ivi lo stabilisce nel decorso di un anno dall'atto della suddetta promessa.

SOMMARIO

- I. Nell'atto d'uno il figlio era francese pel solo motivo d'esser nato in Francia. Oggi è tutt'altra cosa. Egli non gode della qualità di francese che dal momento in cui la reclama, e senza retroattività. Errore di parecchi scrittori e della corte di cassazione.
- II. La maggior età di cui parla l'articolo è quella del padre del figlio, e non quella stabilita dalla legge francese. — Errore di Duranton, Carré, Boileau, e Zachariae.
- III. L'articolo non è applicabile a coloro che sono concepiti in Francia.
- IV. Esenzione recata all'articolo dal decreto del 22 marzo 1848.

I. — Secondo la nostra antica giurisprudenza era sufficiente di nascere in Francia per essere francese. (Pothier, *Trattato delle persone*, tit. 2, sez. 1).

Allorchè il codice fu compilato la maggior parte de' redattori, attenendosi da prima a quell'antica idea, avea detto nel nostro articolo: *Qualunque individuo nato in Francia è francese*. Il tribunato però criticò vivamente, e con ragione, questa disposizione anti-logica che determinava la condizione d'un figlio senza tener conto della qualità de' suoi genitori. Fu soppressa dunque questa proposizione, e non si vide nel fatto d'esser nato in Francia che una circostanza che dovea far supporre nello straniero un desiderio più vivo di addiventare francese, ed a causa della quale gli si dovea facilitare il modo d'ottenere siffatta qualità; il che fu praticato nel nostro articolo, il quale gli concede di addiventare francese a condizione: 1.° di reclamare questa qualità nell'annodella sua maggiore età; 2.° di dichiarare nel medesimo tempo che egli intende di fissare il suo domicilio in Francia; 3.° di fissarlo realmente nel corso dell'anno dalla sua dichiarazione, nel caso che non vi sia già domiciliato.

Atteso che al presente il figlio nato in Francia da genitori stranieri non è francese pel solo fatto della nascita, ma lo diviene adempiendo alle formalità indicate dal nostro articolo, egli non godrà di questa qualità che pel tempo avvenire, e propriamente dal dì della sua dimanda; nè potrebbe farne risalire gli effetti retroattivamente fino al giorno della sua nascita. Se si dubitasse di questa conseguenza, il ravvicinamento del nostro articolo 9 [11] con gli art. 10 e 20 [12, 13, 24] la stabilirebbe sufficientemente. Difatti noi vedremo nell'art. 10 [12, 13] che il figlio nato da un francese che avesse perduta questa

qualità è trattato più favorevolmente di quello di cui parla il nostro articolo, poichè egli può fare in qualsiasi epoca la domanda che il nostro articolo permette all'altro durante un anno. Or giusta l'art. 20 [24], quel medesimo figlio, malgrado il favore più grande che gli si accorda, pure non gode della qualità di francese che dal giorno in cui adempie a queste formalità; a fortiori dev'essere lo stesso del figlio di cui tratta il nostro articolo, poichè è trattato meno favorevolmente dell'altro, come ragionevolmente doveva essere.

Toullier intanto su questo punto è di opinione contraria (t. I, n. 261). Secondo lui il fatto della nascita in Francia, e non l'adempimento delle formalità richieste dal nostro articolo, conferisce la qualità di francese al figlio, ed il suo reclamo ha per obbietto non già di ottenere questo titolo, ma di farlo constare e riconoscere. Il principio del diritto essendo in tal modo riposto nella nascita, l'insieme delle formalità richieste non è che una condizione sospensiva da cui dipende il perfezionamento di questo diritto; di tal che il figlio fin dalla sua nascita è francese conditionalmente, e verificandosi la condizione si trova di esserlo stato sempre.

Siffatta dottrina è stata seguita da Zachariae (I, p. 153) e Coln-Delisle (art. 91, n. 15), e non ha guari è stata anche consacrata da un arresto della corte suprema (1); ad onta però di queste autorità noi non esitiamo a sostenere, come abbiamo fatto sempre, esser questo un errore prodotto dall'uso frequente di antichi principi non riconosciuti dal nostro codice. No; l'adempimento delle formalità richieste non è semplicemente la condizione d'un diritto la cui causa è riposta nella nascita, ma è la causa efficiente di questo diritto. Il figlio nasce straniero, e tale rimane durante l'intera sua minorità; l'uso del mezzo prescritto dall'articolo lo fa diventare francese.

In sostegno della dottrina contraria si adducono due argomenti, sì l'uno che l'altro molto deboli, i quali si riducono a quanto segue: 1.° Il nostro articolo dice che l'individuo potrà reclamare la qualità di francese; or si reclama solo ciò che ci appartiene; e però negli art. 10, 18 e 19, [12 e 13, 21 e 22, 23], ne quali si parla d'individui cui questa qualità non si appartiene, perchè l'hanno perduta, la legge dice solamente che essi potranno recuperarla; 2.° L'art. 20 [24] dice, è vero, che gli individui di cui parlano gli art. 10, 18, e 19 [12 e 13, 21 e 22, 23] recupereranno la qualità di francesi *pel tempo avvenire* e senza ef-

(1) Cassazione d'un arresto di Parigi, 19 luglio 1848. — Devill. e Carr. 48, 1, 529.

fetto retroattivo, ma nulla dice rispetto al figlio di cui si occupa il nostro art. 9 [11].

Ma dapprima ognuno sa che il verbo *reclamare* si adopera benissimo e frequentemente come sinonimo di *domandare*, e per cose che non appartengono e non sono giammai appartenute. Così questo vocabolo non solo non è per nulla favorevole all'idea di Toullier, ma le è anche contrario; imperocchè se si trattasse soltanto di far riconoscere la qualità e non di ottenerla, se fosse vero che condizionalmente il figlio ha diggià questa qualità, il vocabolo non sarebbe esatto: non si può reclamare quel che si ha. — Rispetto poi alla parola *ricuperare*, usata negli art. 10, 18, e 19 [11, 21 e 22, 23], essa è ben naturale, poichè si tratta di riprendere una qualità che è stata perduta; ed al contrario non poteva esser adoperata nel nostro articolo, atteso che l'individuo del quale è parola non ha perduta questa qualità, perchè non l'ha avuta giammai.

Il silenzio poi serbato dall'art. 20 [24] intorno alla non retroattività del diritto conferito dal nostro articolo, mentre la proclama ne' casi de' tre articoli 10, 18, e 19 [11, 21 e 22, 23], è del tutto naturale e perfettamente logico. Infatti ne' tre articoli a' quali l'art. 20 [24] si riferisce trattasi d'una qualità restituita dopo essere stata tolta; dunque poteva sorgere il dubbio se dovea esser restituita retroattivamente e dal medesimo tempo in cui si era perduta (di tal che si reputasse esser sempre esistita), o pure se si fosse dovuto restituirla pel solo tempo avvenire. Era perciò necessario che il codice su questo si spiegasse, tanto più che intorno a ciò eravistata controversia nell'antico diritto. Nel caso del nostro articolo all'opposto, il codice rigettando la regola anti-logica dell'antica giurisprudenza, e dichiarando che il figlio di cui trattasi è uno *straniero* che *diviene* francese mercè l'adempimento delle formalità prescritte, era ben inutile spiegare che questa qualità non gli sarebbe appartenuta che dal giorno di quest'adempimento e pel solo tempo avvenire.

Bisogna dunque convenire che il figlio di cui parla il nostro articolo nasce assolutamente straniero, e rimane tale fin all'adempimento delle formalità richieste da lui. Se intorno a ciò si avessero ancora dubbi, dopo la osservazione precedentemente fatta sulla disposizione primitiva di questo articolo sopra i reclami del tribunato, e malgrado il risultato sì decisivo della sua combinazione con gli art. 10 e 20 [12 e 13, 24], sarebbe sufficiente per dissiparli riferire le pa-

role che profferì il consigliere di stato Treilhard, oratore del governo, presentando questo titolo del codice al corpo legislativo, le quali per conseguenza ci fanno conoscere il vero senso in cui la legge fu votata. Egli diceva: *Quanto al figlio dello straniero che accidentalmente vede la luce in Francia non può dirsi che egli non nasca straniero. Po- scia, sull'art. 10 [12 e 13]: Il figlio nato in paese straniero da un francese che abbia per- duto questa qualità evidentemente non può esser trattato con più rigore dello straniero che nasce sul nostro suolo.* (Fencl, VII. p. 166, 592. 628.) Su questo punto sono anche di ac- cordo tutti i più recenti scrittori (1).

II. — Il figlio di cui parla il nostro articolo non può in qualsiasi tempo reclamare la qualità di francese; ma gli è determinato un anno, prima e dopo del quale inutilmente la po- trebbe reclamare: tale anno è quello che se- gue alla sua maggiore età. Or siccome il figlio fino a che non ha fatto il suo reclamo rimane straniero, e le leggi che fissano la maggior età sono leggi personali, alle quali egli è sot- toposto quand'anche risiedesse in Francia, ne risulta, che questo reclamo potrà e dovrà far- lo nell'anno che segue alla maggiore età de- terminata dalle leggi del suo paese.

La ragione in fatti così richiedeva. Gio- chè si volesse fissare un termine fatale, prescri- vere un intervallo, dopo il quale il figlio non potrebbe più invocare il beneficio del nostro articolo, era certamente necessario stabilire questo termine in un'epoca in cui con matu- rità avesse potuto valutare le circostanze e prendere una determinazione. Evidentemen- te tale è stato il pensiero del legislatore: se egli ha fissato l'anno che segue alla maggio- re età vi si è indotto perchè il figlio durante la sua minorità, vedendo affidati ad un tuto- re la doppia cura d'amministrare i suoi beni e di dirigere la sua persona, non si brigherà molto da sè stesso di determinare il luogo ed il modo in cui stabilirsi, di cercare un posto nella società, di scegliersi una patria. Ma quale maggiore età lo renderà padrone di sè, e gli farà sentire il bisogno di prendere una risoluzione? senza dubbio quella fissata dalla legge del paese cui appartiene. Dunque il termine che gli si accorda, ora necessario che cominciasse da questa maggiore età, e non da quella stabilita dalla legge francese. Se la cosa fosse altrimenti il beneficio del nostro articolo spesso avrebbe potuto essere illusorio; la maggior età francese essendo sta- bilita agli anni ventuno compiuti, secondo lo art. 488 [411], avrebbe potuto accadere che

(1) Légal (p. 12). Valette (su Proud., I, p. 429), Duvergier (su Toull., loc. cit.), Bugnet (sopra Po- thier, I. p. 10, e II. p. 17), Demolombe (I-163), Fœe-

lix (Diritto intern., p. 41), ed inoltre Delvincourt e Duranton (I-199).

un alemanno, per esempio, nato in Francia, ed avente diritto per conseguenza al beneficio dell'art. 9. [11], se ne trovasse privato senza sua colpa; infatti la maggiore età alemanna è fissata a venticinque anni. Dunque allorchè questo giovane straniero, pervenuto alla sua maggiore età e padrone di sè stesso, fosse venuto a reclamare, ammettiamo pure immediatamente, il favore del nostro articolo, gli si sarebbe risposto che era troppo tardi! Un tale risultato non era ammissibile, e saggiamente il nostro codice ha deciso che l'anno di riflessione e di deliberazione sarà per ciascun individuo quello che segue alla sua maggiore età.

Malgrado ciò, e ad onta di una disposizione in cui la lettera e lo spirito si accordano per dissipare ogni dubbio e non lasciar luogo ad alcuna discussione, vi sono stati scrittori, segnatamente Delvincourt, Coin-Delisle (n. 25), Duranton (I-129) e Zachariae (I, p. 157), i quali insegnano che il nostro articolo intenderebbe parlare della maggiore età fissata dalla legge francese! In sostegno d'una così strana dottrina adducono per ragione che l'art. 3 della costituzione dell'anno VIII, sotto l'impero della quale è stato compilato il codice, prescrive che lo straniero per acquistare la qualità di cittadino dovea dichiararne la intenzione dopo compiuti gli anni ventuno; dal che si erodono autorizzati a conchiudere che il medesimo pensiero ha informato il nostro articolo, il quale secondo essi dee spiegare mediante il primo.

Primieramente il nostro articolo è chiarissimo, e non ha bisogno d'essere spiegato da altri testi; ma in ogni caso, volendogli dare un significato differente da quello che presenta la sua redazione, sarebbe per lo meno necessario trovare un articolo che prevedesse un caso analogo a quello del quale esso si occupa, e tale non è l'art. 3 della costituzione di frimaio. Infatti in questo art. 3 il legislatore fissa un'epoca prima della quale non si può fare la dichiarazione, ma dopo al contrario sarà lecito di farla in qualunque tempo si vorrà; egli apre una porta che, una volta aperta, non dee più serrarsi; dunque nulla può impedirlo dall'apirla al più presto possibile. All'opposto nel nostro art. 9 [11] trattasi d'un termine rigoroso dopo il quale vi è decadenza; dunque è uopo fissare questo termine per ciascuno de' diversi interessati in un'epoca in cui si reputa che egli sia in grado di scegliere e di determinarsi. Questo è quel che fa il nostro codice prescrivendo che lo straniero dee fare il suo reclamo nell'anno che segue la sua maggiore età.

III. — Su questo articolo ci rimane a fare una dimanda, cioè se sia applicabile, e si possa far godere il beneficio che accorda, al fi-

glio nato da uno straniero in paese straniero, ma che provasse d'essere stato concepito in Francia.

Si dee rispondere negativamente. L'articolo dice: Ogni individuo nato in Francia; e siccome trattasi d'una disposizione eccezionale e derogante ai principi generali, non bisogna estenderla al di là de' suoi termini. Infatti, se è naturale all'uomo di nutrire una certa affezione pel paese, per la città, per la casa, in cui è nato, e di conservarne la memoria, non può dirsi lo stesso del luogo dove è stato concepito, il quale forse gli rimarrà ignoto durante la maggior parte della sua vita, e forse per sempre. Or la disposizione favorevole del nostro articolo è fondata sull'affezione che il legislatore suppone nello straniero per la Francia, ed il testo e lo spirito della legge non ci permettono d'applicare a questo caso la massima *infans conceptus*, della quale abbiamo fatto parola nell'articolo precedente.

IV. — Un'importante eccezione è stata apportata da un decreto del 23 marzo 1849 al principio stabilito dal nostro articolo, che gli individui di cui esso si occupa non possono più reclamare la qualità di Francesi dopo spirato l'anno che segue la loro maggioranza. Il decreto è concepito ne' seguenti termini:

Articolo unico. « L'individuo nato in Francia da uno straniero sarà ammesso, anche » dopo l'anno che seguirà la sua maggiore » età, a fare la dichiarazione prescritta dall'art. » 9 [11] del codice civile, se si trova in una » delle due seguenti condizioni: 1.° se egli » serve od ha servito nelle armate francesi di » terra o di mare; 2.° se egli si è sottoposto alla » legge di reclutazione senza eccedere la sua » qualità di straniero. »

Così lo straniero nato in Francia, che serve od ha servito nelle armate francesi, e colui che non è militare, nè lo è stato, ma si è sottoposto alla legge di reclutazione senza invocare la sua qualità di straniero (di tal che non è stato escluso dal servizio militare per altra ragione che per aver ottenuto nel sorteggio un numero alto, o per effetto d'una infermità, o per qualunque altra causa, eccetto la sua qualità di straniero), potranno in qualsivoglia tempo dopo la loro maggiore età reclamare il beneficio del nostro articolo. Quelli soltanto restano sottoposti alla regola, che non prestando nè avendo giammai prestato servizio nelle nostre armate, non hanno fatto parte delle leve, o vi si sono sottratti per effetto della loro qualità di stranieri.

10 [12-15] (1). — I figli nati da un francese in paese straniero sono francesi.

(1) I due paragrafi dell'art. 10 del codice francese presso di noi sono stati divisi, e con accorgimento se

I figli nati in paese straniero da un francese il quale abbia perduta la qualità di francese potranno sempre recuperare questa qualità, adempiendo le formalità prescritte dall'art. 9 [11].

I. — È evidente la prima disposizione del nostro articolo: il figlio, qualunque sia il luogo in cui nasca, segue sempre la condizione di suo padre. Si sa d'altronde che ciò ha luogo quando tra padre e figlio siavi una relazione legale, vale a dire quando il padre era lo sposo legittimo della madre, o almeno il figlio abbia rispetto a questo padre un riconoscimento legale od una sentenza che dichiari la paternità di costui. Se il figlio poi non fosse né legittimo né riconosciuto, sia volontariamente, sia giudiziarmente, non vi sarebbe alcun rapporto legale tra lui e suo padre, il quale è legalmente ignoto; ed in questo caso la sua condizione dovrebbe determinarsi da quella della madre, se questa l'avesse riconosciuto; ed allora si direbbe di lei, ciò che il nostro articolo dice del padre. Gli schiarimenti dati sull'art. 8 [9] ci dispensano d'aggiungere su quest'obbietto qualunque altra dilucidazione.

Si sa inoltre che il padre non al tempo della nascita del figlio ma al momento del concepimento di costui dev'essere stato francese. Per la madre all'opposto è sufficiente che ella abbia avuta la qualità di francese in un tempo qualunque della gravidanza.

Si sarebbe dunque dovuto sopprimere nel nostro articolo il primo comma, ed aggiungere un secondo ne seguenti termini all'art. 8 [9]: *È francese ogni figlio nato da un padre legittimo o che l'ha riconosciuto, e che era francese al tempo del concepimento; come lo è del pari ogni figlio nato, fuori matrimonio e senza riconoscimento per parte di suo padre, da una donna che l'ha riconosciuto e che era francese in un momento qualunque della sua gravidanza.*

II. — Trattasi nel secondo comma del figlio d'un francese, che ha perduta la qualità di francese e che per conseguenza è nato straniero; e dobbiamo, per abbracciare tutti i casi possibili, estendere al figlio d'un ex-francese quel che l'articolo dice del primo. Sappiam solo che, in quanto al padre, perchè il figlio sia straniero basterà che il primo sia stato privo della qualità di francese all'epoca del concepimento, quand'anche l'avesse recuperata prima della nascita; mentre, relativamente alla madre, bisognerà che ella non sia stata francese né al tempo del concepimento, né in quello della nascita, né in alcun'altra epoca intermedia. Sappiamo del pari che non si

tien conto della madre tranne uno de' seguenti due casi: 1.° quando non siavi matrimonio né riconoscimento da parte del padre; 2.° quando siavi riconoscimento da parte della madre.

Ben si vede che il figlio d'un ex-francese o d'una ex-francese è trattato con maggior favore di quello di origine straniera nato in Francia, e del quale si occupa l'articolo precedente. L'ultimo infatti, purché non si trovi nell'eccezione introdotta dal decreto del 23 marzo 1849, non può acquistare la qualità di francese che compiendo, nell'anno che segue la sua maggiore età, le formalità prescritte; mentre il primo potrà ciò ottenere con l'adempimento delle stesse formalità in qualsiasi tempo della sua vita. Questo maggior favore gli è concesso in considerazione di essere il figlio d'origine francese.

L'articolo parla soltanto del figlio nato da un ex-francese in paese straniero, ma è chiaro che dovrebbero parimenti applicare quello che fosse nato in Francia. Difatti da una parte non si potrebbe trattare quest'ultimo meno favorevolmente dell'altro, poichè, a tenore di quanto si è visto sotto l'articolo precedente, la semplice circostanza d'esser nato in Francia è già un motivo di favore all'occhio della legge; ma dall'altra non si potrebbe neppure trattarlo più favorevolmente; imperocchè il maggior favore che gli si potrebbe accordare, superiore a quello del nostro articolo, sarebbe di dire che nasce francese: per la qual cosa sarebbe mestieri d'una disposizione espressa della legge, poichè, essendo straniero il suo genitore nel momento in cui gl'imprime la sua propria condizione, richiedono imperiosamente i principj che sia dichiarato anch'egli straniero. Il figlio dunque nato da un ex-francese o da una ex-francese avrà la stessa sorte, o che sia nato in paese straniero, oppure in Francia; laonde le parole *nato in paese straniero* dovrebbero cancellarsi nel nostro secondo comma del pari che nel primo; desse non sono esatte che per quanto vengano intese nel seguente significato: *anche in paese straniero.*

Quest'ultimo comma ci addita il secondo modo di addiventar francese per beneficio della legge. Del resto la parola *recuperare*, che impiega, non è assolutamente adatta, poichè si recupera quel che si è perduto, ed il figlio nel caso nostro non ha potuto perdere la qualità di francese, non avendola giammai avuta; ma quella parola però si spiega dicendo che il legislatore considera in certo modo quel figlio come un solo essere con suo padre, il quale avea goduta una tal qualità. Il figlio personalmente non è stato giammai francese, ma è stata tale la sua famiglia.

ne son formati due articoli separati, che sono il 12 e 13 delle nostre leggi civili. Nota del traduttore.

11 [9 n. 1]. — *Riferiremo quest'articolo dopo l'art. 12, ad oggetto di terminare lo studio de' modi di diventar francese, prima d'occuparci delle persone che rimangono straniere.*

12 [14]. — *La straniera che avrà sposato un francese seguirà la condizione del marito.*

SOMMARIO.

- I. L'articolo non è applicabile alla donna il cui marito, straniero al tempo del matrimonio, diventa in seguito francese.
- II. A questo terzo modo di diventar francese bisogna aggiungerne due altri non indicati dal codice.
- III. Nuova legge intorno alla naturalizzazione degli stranieri.
- IV. I francesi d'origine sono cittadini ed che siano nati o nati.
- V. Chi sia francese d'origine.

I. — Il nostro articolo dichiara francese la donna straniera che si marita con un francese; però non bisogna estendere la sua disposizione a colei che abbia tolto a marito uno straniero divenuto francese posteriormente al suo matrimonio. La prima mercè lo stesso fatto del suo matrimonio manifesta efficacemente la volontà di diventar francese; ma della seconda non può dirsi altrettanto, e non può dipendere dalla volontà del marito di toglierle la qualità di appartenente ad una corporazione, ad una società, della quale ella vuole forse continuare a far parte. La donna in questo caso non diventerebbe francese, se non adempiendo dal canto suo alle formalità imposte allo straniero che voglia diventar francese.

II. — La disposizione di questo articolo c'indica il terzo modo di diventar francese, ed è l'ultimo di cui parla il codice. Ma ve ne sono anche due altri: 1.^o l'incorporazione alla Francia d'un nuovo territorio; imperocchè allorché in forza d'una conquista o di un trattato un territorio straniero diventa francese, i suoi abitanti *ipso facto* diventano anch'essi francesi; 2.^o la naturalizzazione, di cui parleremo nel numero seguente.

Attualmente non è ammissibile il sesto modo di diventar francese, di cui parlavamo nelle nostre precedenti edizioni, e che facevamo consistere in un contratto tacito tra lo straniero ed il governo risultante dall'averlo questo chiamato a pubblici impieghi. Siffatto modo implicitamente è rigettato dal decreto del 23 marzo 1849, citato sotto l'art. 9, il quale infatti prevede il caso di stranieri nati e domiciliati in Francia che, chiamati a

far parte della leva, vi hanno ubbidito senza alcun reclamo, o evitando il servizio per una causa applicabile ai francesi, o pure servendo realmente nelle nostre armate; ed il decreto dispone che questa circostanza permetterà loro di fare in qualsiasi tempo la domanda, che essi senza di ciò non avrebbero potuto fare che nell'anno seguente alla loro maggiore età. Ma atteso che debbono ottenere la qualità di francesi, ne segue che essi non l'hanno, e che secondo lo spirito della nostra attuale legislazione l'accettazione d'impieghi pubblici non è sufficiente a conferirla (1).

III. — Le regole sparse insino ad ora in diverse leggi, e secondo le quali distingueasi: 1.^o la *naturalizzazione ordinaria*, richiedente una dimora di dieci anni (cost. del 22 frim. anno VIII, decreto del 17 marzo 1809); 2.^o la *naturalizzazione privilegiata*, richiedente la residenza di un solo anno (Sen.-cons. del 19 feb. 1808); 3.^o la *grande naturalizzazione*, che sola concedeva, dopo il 1814, il diritto d'eligibilità alle camere, e che poteva esser conferita dal solo potere legislativo, senza però alcuna condizione di residenza (Ord. del 4 giugno 1814), si trovano presentemente riunite negli art. 1 e 2 della legge del 3 dicembre 1849, che in sostanza non ha apportata altra modificazione al diritto precedente se non che la residenza d'uno o di dieci anni è sempre necessaria per lo tratto avvenire.

Secondo questa legge: 1.^o ne' casi ordinari lo straniero deve aver stabilito il suo domicilio in Francia con l'autorizzazione del governo, ed avervi risieduto durante dieci anni dopo questa autorizzazione (art. 1, § 3 e seg.); 2.^o il termine di dieci anni può essere ridotto ad un anno per gli stranieri che avranno reso importanti servigi alla Francia, o che sono dotati di singolare ingegno, o che vi hanno apportato invenzioni od una industria utili, o che vi hanno aperto grandi stabilimenti (art. 2); in ambo i casi la naturalizzazione sarà pronunziata dal presidente della repubblica, che non può decretarla se non dopo un'inchiesta del governo e precedente avviso del consiglio di stato (art. 1, § 1 e 2); 3.^o ciascuna delle due naturalizzazioni concede la qualità di cittadino, senza però che alcuna di esse attribuisca il diritto d'eligibilità all'assemblea nazionale: questo diritto non può esser conferito che dopo ottenuta la naturalizzazione, e mediante una legge speciale (art. 1, § ult.) (2). — Del resto solamente per

(1) Vedasi il nostro art. 19 della *leggi civili*, il quale è nuovo, e dispone che gli stranieri sono incapaci del godimento di benefici ecclesiastici e d'impieghi civili nel regno. (Nota del traduttore).

(2) Un decreto del governo provvisorio del 28-31 marzo 1848 aveva autorizzato provvisoriamente il mi-

nistro della giustizia ad accordare la naturalizzazione a tutti gli stranieri che la dimandassero, purché provassero d'aver risieduto in Francia almeno cinque anni, ed inoltre presentassero oo attestato (rilasciato dal maire di Parigi o dal prefetto di polizia pel dipartimento della Senna, da' commissari del governo per gli

gli stranieri che si faranno naturalizzare in seguito l'eligibilità potrà rimanere in siffatto modo separata dal titolo di cittadino; coloro, che erano naturalizzati prima della legge del 1849, sono o saranno conformemente all'articolo 26 della costituzione tutti eligibili all'età di venticinque anni (1).

IV. — Quanto a' francesi d'origine (tutti eligibili senza dubbio all'età di venticinque anni), sono cittadini solo per esser maschi e maggiori.

Ed in vero da una parte è evidente che i francesi d'origine possono diventare e diventano cittadini, ma da un'altra nè la costituzione dell'anno VIII, nè il decreto del 1809, nè il senato-consiglio del 1808, nè l'ordinanza del 1814, nè la nuova legge del 1849 sono loro applicabili, poichè queste differenti leggi si occupano soltanto degli stranieri; e siccome non avvi alcuna disposizione legislativa posteriore che imponga oggi al francese questa o quella condizione per diventarlo, è forza al certo conchiuderne che le sole condizioni richieste da lui sono quelle che risultano dalla natura medesima delle cose. Or le due qualità di maschio e di maggiore sono essenziali ed indispensabili pel titolo di cittadino. Rispetto alla qualità di maschio è risaputo che in tutti i tempi le donne in Francia sono state escluse da ogni partecipazione alla cosa pubblica, a tal punto che secondo le nostre leggi fondamentali non facevasi eccezione a siffatto principio neppur per quelle che erano chiamate per diritto del sangue all'esercizio del potere reale. Relativamente poi alla qualità di maggiore è evidente che colui che la legge dichiara incapace d'esercitare i suoi diritti civili non può prender parte nel potere pubblico ed esercitare i diritti po-

litici. Si richiederanno dunque queste due qualità, ma esse soltanto pe' francesi d'origine. E però la costituzione del 1848 (art. 25) e la legge elettorale del 1849 (art. 2) riconoscono la qualità di elettori in tutti i francesi di ventun anno.

V. — Ma intanto chi sono quelli che debbono intendere sotto il nome di francesi d'origine? Sono forse solamente coloro che, nati francesi, non hanno giammai perduta siffatta qualità, ovvero debbono comprendere sotto questa denominazione, 1.° coloro che, nati francesi, ed avendo perduta questa qualità, l'hanno recuperata conformemente all'articolo 18(21); 2.° coloro similmente che nati da un ex-francese sono poscia diventati francesi per applicazione dell'art. 10 [12, e 13]; 3.° e da ultimo lo straniero che ha acquistata la qualità di francese in virtù dell'art. 9 [11]?

Noi siamo di avviso che tutti debbono essere compresi sotto il nome di francesi d'origine, e che tutti in conseguenza sono cittadini quante volte siano maschi e maggiori.

1.° Il francese che ha perduta questa qualità non è dal legislatore perfettamente assimilato allo straniero: vero che desso è un figlio di famiglia che ha abbandonato il tetto paterno, ma è riguardato sempre dal padre di famiglia con occhio favorevole. Sicchè gli offre sempre un facile mezzo di tornare a riacquistare nella famiglia i dritti che ha perduti. Può egli per mezzo di determinate formalità, secondo gli art. 18 e 20 [21 e 24], recuperare quel che aveva perduto, vale a dire ridiventare francese con le prerogative inerenti a questa qualità per colui che la tien dalla nascita, e non semplicemente francese come lo diventa lo straniero ordinario. Difatti lo straniero, per continuare il nostro para-

altri dipartimenti) dichiarando che essi erano degni, sotto tutti i rapporti d'essere ammessi ai diritti di cittadini francesi.

Il ministro della giustizia usò di siffatta autorizzazione pel corso di tre mesi, quando una decisione ministeriale del 29 giugno 1848 dichiarò di non accordarsi ulteriormente alcun'altra naturalizzazione di simil genere. Furono concedute durante i suddetti tre mesi 2189 naturalizzazioni.

(4) Le formalità che presso di noi sono richieste per essere naturalizzato sono determinate dal decreto del 17 dicembre 1817.

Bisogna che lo straniero 1.° abbia dichiarato presso il sindaco del comune in cui dimora l'intenzione di voler fissare il suo domicilio nel regno, la quale dichiarazione non potendosene far che all'età di anni ventuno compiuti, debbasi ad essa unire il documento della maggiore età;

2.° Che, ottenuta l'autorizzazione di risiedere nel regno, vi abbia risieduto per dieci anni consecutivi, computabili dalla precedente dichiarazione o che vi abbia avuto la residenza per cinque anni continui, nel caso che si fosse noito in matrimonio ad una nazionale;

3.° Che provi di avere onesti mezzi di sussistenza;

4.° Che del decreto di ammissione sottoscritto del re si spedisca al naturalizzato una copia autentica, munita della quale dev'egli presentarsi all'intendente della provincia o ville in cui dimora per presiare nelle mani di lui il giuramento di fedeltà, di cui dee attendersi processo verbale.

5.° Che si prenda nota del decreto di ammissione, tanto ne' registri dell'intendenza, che in quelli del comune del domicilio, facendosi menzione del prestato giuramento.

Lo stesso real decreto dispensa dalla decennale residenza o dalla quinquennale nel caso che lo straniero abbia sposato una nazionale, e richiede solo il domicilio nel territorio del regno almeno per un anno consecutivo.

1. Per gli stranieri che han reso, o che renderanno importanti servigi allo stato;

2. Per quelli che avranno acquistato nel regno beni stabili su de' quali graviti un peso feuduario almeno di ducati cento l'anno;

3. Per quelli che porteranno dentro di esso de' talenti d'artisti, delle invenzioni, o delle industrie utili. (Nota del traduttore).

gone, non è altro che un figlio adottivo, ed intanto può, in certi casi, aver la pienezza de' diritti civili; or non è egli naturale che il figlio del sangue, rientrando nella famiglia, vi sia trattato con egual favore de' figli adottivi più favoriti? Ed è questa sì certamente l'idea del legislatore, che ha creduto dovere scrivere un' espressa disposizione, quella dell'art. 20 [24], per impedire che si arrivasse insino a dire che questo francese riprenderebbe i suoi diritti e prerogative con effetto retroattivo, ed in modo da esser considerato di non averli perduti giammai.

2° Diremo ancora altrettanto del figlio di cui parla l'art. 10, quantunque non sia nato francese. Il legislatore lo riguarda similmente come figlio del sangue perchè nelle sue vene scorre sangue francese; ed è perciò che parlando di lui non dice che *acquistarà*, ma che *recupererà* la qualità di francese, e che per lui del pari ha creduto utile dire che non recupererebbe certo *retroattivamente* i diritti di suo padre.

3.° Daultimo, si debbono riconoscere i medesimi diritti nello straniero che diventa francese in virtù dell'art. 9 [11]. Egli ottiene al fatta qualità a causa d'esser nato sul suolo francese; e per divenir cittadino non gli è imposta alcuna speciale condizione nè dalle leggi relative alla naturalizzazione, nè da qualunque altra disposizione.

Tutt' altro avviene rispetto a colui che ha perduta la qualità di francese per le cause indicate dall'art. 21 [25], vale a dire per aver preso servizio militare in paese straniero senza autorizzazione. Egli non può, ai termini di questo stesso articolo, ridiventare francese che adempiendo le condizioni imposte allo straniero ordinario; dunque, agli occhi del legislatore, egli è diventato completamente straniero, e per esser cittadino dopo ciò non solo gli è d'uopo d'una residenza in Francia per dieci anni, a cui lo sottomette formalmente il suddetto art. 21 [25], ma deve ancora, per avere la pienezza de' diritti civili,

ottenere la legge speciale necessaria allo straniero ordinario al quale è assimilato.

N. B. — *Ora passiamo agli art. 11, 13 e seguenti, che ci faranno conoscere con quali condizioni ed in quali limiti gli stranieri godono in Francia i diritti civili.*

11 [9 n. 1.]. — Lo straniero godrà in Francia de' medesimi diritti civili i quali sono o saranno accordati ai francesi dai trattati della nazione a cui lo straniero stesso appartiene (1).

SOMMARIO

- I. Che sono erasi i diritti di albinaggio e di detrazione (*detraction*). — *Vedere aboliti dall'assemblea costituente.*
- II. Il codice adottato nel nostro articolo un sistema di reciprocità che tiene il mezzo tra quello dell'autorità diretta a quello dell'assimilazione continentale. — *Vedere che questa reciprocità sia fondata su di un trattato. Ragione di ciò.*
- III. La legge del 1819 abroga gli art. 733 e 812 (347 r. e 858 r.) (N). e perciò anche una parte del nostro articolo.

I. — Ne' tempi andati ogni straniero era incapace, sia di trasmettere, sia di raccogliere, tanto per successione legittima quanto per testamento, alcuna proprietà sita in Francia. Secondo questo principio ogni qual volta una proprietà di tal fatta era lasciata da uno straniero (sia che dovesse esser raccolta da un altro straniero o da un francese), e semprechè doveva raccogliersi da uno straniero (sia che fosse lasciata da un altro straniero o da un francese), insomma ogni qual volta non era un francese che la lasciava ad un altro francese che doveva raccoglierla, questa proprietà passava al governo. Una simigliante regola era in usanza contro i francesi ne' paesi stranieri; essa esisteva dovunque tra nazione e nazione. Questo diritto chiamavasi *diritto d'albinaggio* (*droit d'aubaine*), perchè gli stessi stranieri si chiamavano *albi* (*albi nati*) (3).

Sotto Luigi XVI varî trattati abolirono interamente rispetto ad alcune nazioni il diritto d'albinaggio; poscia rispetto ad altre

(1) Il nostro articolo 9 n. 1 che corrisponde all'art. 11 del codice francese contiene una modificazione del suddetto articolo 11. Nel nostro si dice competer l'esercizio de' soli diritti civili: — agli stranieri per quei diritti che la nazione a cui essi appartengono accorda a nazionali, salvo le eccezioni che per transazioni diplomatiche potrebbero aver luogo. Della diversa compilazione di questi due articoli risulta che la nostra legge, a differenza della francese, ammette tra i nazionali e gli stranieri la reciprocità di fatto, cioè non quella sola che risulta da trattati, ma anche quella che dipende dalle leggi de' due paesi. (Nota del traduttore).

(2) Entrambi questi articoli sono stati riformati nelle nostre leggi, come vedremo in prosieguo. (Nota del traduttore).

(3) Nel nostro regno l'albinaggio non ebbe mai luogo. *Marcadé T. I.*

go, e per fatto più che per diritto potea dirsi abolito. Il nostro foro appoggiandosi ad una costituzione di Federico II, riportata nell'autentica omnia pregrina cod. comm. de success. non avea mai riconosciuto l'albinaggio: e frequentissimi furono gli esempi di successioni deferite nel regno a stranieri senza che il governo avesse mai fatto loro la menoma opposizione. Anzi nel 1813 il ministro della giustizia fece sentire con suo circolare a' tribunali del regno che quel barbaro diritto era inesistente fra noi. V. il decr. del 12 agosto e del 7 settembre 1818. V. altresì il decr. del 12 settembre 1828 in ordine al patronato su' benefici ecclesiastici nel regno, e la legge del 15 settembre 1845 con la quale fu abolito il diritto d'albinaggio tra il regno delle Due Sicilie ed il Belgio. (Nota del traduttore).

in parte soltanto, e con la riserva a pro del governo d'una determinata porzione di beni che ordinariamente consisteva in un decimo. Questo diritto di separarne un decimo per appropriarselo fu chiamato *diritto di detrazione* (da *detrahere*).

I diritti di albinaggio e di detrazione furono interamente aboliti dall'assemblea costituente col decreto del 6 agosto 1790; di tal che sotto l'impero del dritto intermedio gli stranieri furono capaci di trasmettere e raccogliere in Francia come gli stessi francesi.

II. — Con ciò l'assemblea costituente avea fatto un atto di umanità e di vera filosofia, che sperava di veder certo imitato dagli altri popoli. *Considerando*, diceva nel preambolo del decreto, *che il diritto d'albinaggio è contrario ai principi di fraternità che debbono legare tutti gli uomini, qualunque ne sia il paese ed il governo*... L'assemblea costituente si era ingannata nelle sue previsioni; malgrado il suo nobile esempio, le altre nazioni mantennero sempre fermo il diritto d'albinaggio.

Epperò, allorchè fu redatto il codice, lo scarso effetto che avea prodotto la generosità dell'assemblea costituente fece abbandonare il suo sistema; ma siccome neppur voleasi adottare il contrario sistema dell'antico diritto, fra gli estremi si scelse un saggio mezzo termine, e con giusta reciprocanza si stabilì per principio nel nostro art. 11 [9 n. 1.], non solo per i diritti di trasmettere e di raccogliere, ma per tutti i diritti civili in generale, che ogni straniero godrebbe in Francia di quei medesimi diritti che sarebbero accordati ai francesi nel paese dello stesso in conseguenza di trattato stipulato con la sua nazione.

Secondo questo articolo, come vedesi, non basta perchè uno straniero possa esercitare in Francia questo o quel diritto civile che i francesi possano esercitare questi medesimi diritti nel paese dello straniero in virtù delle leggi del paese medesimo; è necessario in oltre che questa facoltà sia conceduta ai francesi da un trattato stipulato tra questo paese e la Francia (1). È facile indovinarne il motivo: è possibile in fatti che un paese poco inoltrato nell'incivilimento, nell'industria, nelle arti, ecc., accordasse senza trattati a ciò relativi, e nel suo particolare interesse, larghi privilegi ai cittadini francesi, che avrebbe bisogno d'attrarre presso di sé, mentre la Francia dovrebbe ben guardarsi d'offrire i medesimi vantaggi ai cittadini di quel paese.

III. — Gli art. 726 e 912 [647 e 828] (2) del

codice civile, applicando ad un caso particolare il principio generale del nostro articolo, stabiliscono che uno straniero non potrà raccogliere in Francia, sia per successione, sia per donazione tra vivi o testamentaria, se non nel caso in cui un francese lo potrebbe nel paese di questo straniero in forza d'un trattato. Però, nel 1819, una legge del 14 luglio proclamò di nuovo il principio consacrato dall'assemblea costituente, e stabilì che lo straniero può in tutti i casi ricevere in Francia come lo stesso francese.

Questa legge, tuttavia in vigore, abroga dunque interamente gli art. 726 e 912 [647 e 828] (3), e perciò ancora abroga, ma in parte soltanto, il nostro art. 11 [9 n. 1.]. In parte soltanto, imperocchè questo articolo non è più applicabile a quanto riguarda le successioni e le donazioni tra vivi o testamentarie, ma rimane sempre in vigore rispetto a tutti gli altri diritti civili.

Siccome abbiamo già osservato, questa legge del 1819 fa perdere attualmente ogni importanza pratica all'errore che abbiamo conlutato sotto l'art. 9 [11] n. 1., e che consiste nel credere che il figlio straniero nato in Francia, allorchè adempie nell'anno che segue alla sua maggiore età le formalità richieste, diventa francese *retroattivamente ed a contar dal giorno medesimo della sua nascita*. Difatti prima di questa legge e sotto l'impero degli art. 11, 726 e 912 [9, 647 e 828] (4) del codice, che subordinavano alla qualità di francese la facoltà di raccogliere beni in Francia (eccetto nel caso speciale di trattati relativi a quest'obbietto), avrebbe dovuto dire, se si fosse ammessa l'erronea dottrina di Toullier, che questo figlio mediante l'adempimento delle formalità prescritte dall'art. 9 [11], trovandosi francese *fin dalla sua nascita*, poteva dopo siffatto adempimento raccogliere i beni a lui lasciati durante la sua minore età per successione, donazione o legato; mentre che secondo i veri principj quei beni sarebbero stati perduti pel medesimo, dacchè l'adempimento di quelle formalità non gli conferivano la qualità di francese che pel tempo avvenire. La questione non ha più interesse oggi che la legge del 1819 ammette lo straniero a raccogliere in Francia come lo stesso francese; ma rinascerebbe questo interesse se la detta legge venisse ad essere abrogata, come ben potrebbe avvenire, atteso che dessa è veramente una legge di circostanza (5).

(1) Ved. la nostra precedente nota (1.). (Nota del traduttore).

(2) Ne' nostri articoli 647 e 828 vi è qualche diversità dai corrispondenti articoli del codice civile, risultante dalla diversità del nostro art. 9 n. 1., che corrisponde all'art. 11 del codice civile, dall'essersi cioè am-

me-so presso di noi la reciprocanza di fatto. (Nota del traduttore).

(3) Ved. la nota precedente. (Nota del traduttore).

(4) Ved. la nota precedente. (Nota del traduttore).

(5) Prima di passar oltre coll'autore nell'esame degli articoli successivi dobbiamo ricordare in questo

13 [9 n. 2].—Lo straniero che sarà stato ammesso con autorizzazione del governo a stabilire il suo domicilio in Francia vi godrà di tutti i diritti civili, sino a che continuerà a risiedervi.

SOMMARIO

- I. Il nostro articolo indica il solo caso in cui lo straniero ha in Francia il godimento di tutti i diritti civili. — Nondimeno talvolta anche questo godimento vi sarà varie differenze tra lui ed il francese.
- II. L'autorizzazione dimandata da un padre di famiglia non produce alcun effetto rispetto a sua moglie ed a' suoi figli, che per quanto vi sono compresi formalmente a tacitazione.
- III. Allo straniero si accorda non solo il godimento, ma anche l'esercizio de' diritti civili; però non ha questo esercizio che quando perviene alla maggiore età senza della legge del suo paese.
- IV. Lo straniero potrebbe i diritti civili non già conceduti di risiedere in Francia, ma soltanto nel suo paese più domiciliato.
- V. Tanto la struttura nazionale, quanto i suoi figli, comunque nati in Francia, non saranno giammai francesi di pieno diritto. — Errori di Dalmatucci.

I. — Nel solo caso di domicilio autorizzato (benchè l'autorizzazione è qualche volta tacita: art. 17 [20], n° III) lo straniero può godere in Francia di tutti i diritti civili, conservando interamente la sua qualità di straniero. Nel caso dell'art. 11 [9 n. 1], come abbiamo osservato, egli non gode che di alcuni di questi diritti, cioè di quelli che nel suo paese sono accordati ai francesi in forza di trattati stipulati col detto paese (1).

Non pertanto, e quantunque lo straniero di cui parla il nostro articolo sia ammesso al godimento di tutti i diritti civili come il francese medesimo, pure sotto questo rapporto non bisogna credere che egli si trovi assolutamente nella stessa condizione di costui.

Difatti il diritto di maritarsi in una determinata età o con una persona parente in un dato grado, il diritto di diventar maggiore in un'epoca stabilita, e simili, sono senza dubbio diritti civili, e nondimeno non sono gli stessi per lo straniero e pel francese. Questi diritti costituiscono la capacità dell'individuo, e siccome colui del quale parliamo continua ad essere straniero, perciò rispetto a questa capacità egli rimane sottoposto alle leggi personali del suo paese.

Altra importante differenza vi ha tra costoro. Infatti il francese riconoscendo il godimento de' diritti civili dalla sola legge, un atto del governo non glieli potrebbe togliere; lo straniero all'opposto avendo questo godimento solo in forza dell'autorizzazione del governo, questo può sempre, annullando l'autorizzazione, fare svanire la condizione sotto la quale il godimento esiste, e per conse-

guenza questo godimento medesimo. Vi è anche una terza differenza di cui faremo parola al n.° IV.

II. — L'autorizzazione che lo straniero domandasse per sé solo non produrrebbe per la moglie e pe' figli il godimento de' diritti civili; affinché tutti ne godano è d'uopo che l'autorizzazione sia chiesta ed ottenuta per tutti. Ma non è necessario d'altronde che tutti siano formalmente indicati, sia nella dimanda d'autorizzazione, sia nelle lettere con le quali questa si accorda; spesso le sole circostanze in cui siffatta autorizzazione è stata sollecitata ed ottenuta, proveranno che lo è stata per l'intera famiglia. E però l'autorizzazione concessa a due coniugi produrrebbe certamente i suoi effetti rispetto a' figli che nascerebbero da essi dopo la loro residenza in Francia; è chiaro che questi figli erano tacitamente compresi nel pensiero e do' coniugi che domandavano l'autorizzazione, e del governo che l'accordava. Questi figli per altro rimarrebbero stranieri come i loro genitori, e per diventar francesi avrebbero solamente il mezzo offerto dall'art. 9 [11].

III. — Bisogna notare nel nostro articolo (e la osservazione è applicabile del pari all'art. 11 [9]), che la parola *godere* è adoperata in un senso generico per significare non solo il godimento propriamente detto, ma anche l'esercizio de' diritti civili. È evidente che il legislatore non ha avuto l'intenzione di accordare allo straniero il godimento di diritti che non gli sarebbe permesso di esercitare.

Ma lo straniero non può avere questo esercizio che all'epoca fissata per la maggiore età dalle leggi del suo paese. In fatti non può averlo che come il francese medesimo, e questi non lo ha che alla sua maggiore età. Non si potrebbe dire: il francese ha quest'esercizio a ventun anno, dunque lo straniero lo avrà pure a ventun anno. Il francese ha l'esercizio de' suoi diritti civili a ventun anno, non perchè ha ventun anno, ma perchè a questa età è maggiore; or lo straniero, restando, come abbiamo detto, sottoposto alle leggi personali del suo paese, non sarà maggiore che all'epoca determinata da queste leggi.

IV. — Ci pare certo che il legislatore con le parole *fino a che continuerà a risiedervi* ha voluto dire fintantochè continuerà ad avervi il suo domicilio, il che è ben differente. La residenza è il luogo in cui attualmente si dimora senza volervisi fissare; il domicilio al

luogo l'art. 10 delle leggi civili, le cui disposizioni sono del tutto nuove, e non hanno alcuna corrispondenza nel codice francese. Esso è concepito ne' seguenti termini: « La chiesa, i comuni, le corporazioni, e tutte le società autorizzate dal governo, si considerano mu-

ralmente come altrettante persone. Godono dell'esercizio de' diritti civili, secondo le leggi vigenti. » (Nota del traduttore).

(1) Ved. la nostra nota (1) pag. 73. (Nota del traduttore).

contrario, è il luogo del *principale stabilimento*, il luogo nel quale in certo modo si è sempre con l'intenzione, anche quando non vi si è col fatto (Ved. il commento del titolo del domicilio, art. 102 [107] e seg.). Or nel contratto intervenuto tra il governo e lo straniero l'intenzione comune è stata certamente che il beneficio accordato allo straniero non si perderebbe che in quanto egli andasse a stabilirsi altrove. Il pensiero della legge non può essere che un inglese, per esempio, che viene a stabilirsi in Francia con autorizzazione, e che poscia va per due o tre mesi in Alemagna ad oggetto d'intentare una lite o di liquidare una successione, perda per questo solo motivo il diritto che gli si era conferito. *Cessante causa cessat effectus*, l'effetto dee cessare soltanto quando cessa la causa; or lo straniero ottiene il godimento e l'esercizio de' diritti civili quando stabilisce il suo domicilio in Francia; dunque li perderà quando lo stabilirà altrove.

Havvi anche un'altra differenza tra questo straniero ed il francese. Questi infatti non perde il godimento de' diritti civili che perdendo la sua qualità di francese; or egli non perderebbe siffatta qualità per la sola ragione di avere stabilito il suo domicilio in paese straniero, ma soltanto nel caso che vi si stabilisse senza alcuna intenzione di ritorno, come vedremo nell'art. 17 [20].

V. — Qualunque sia il tempo scorso dopo che lo straniero si è in tal modo stabilito in Francia, egli non sarà giammai francese per questo solo fatto. Per divenir tale bisognerebbe che egli dimandasse la sua naturalizzazione dopo dieci anni dal dì che con autorizzazione vi si è stabilito.

I figli di questo straniero nati in Francia avrebbero per diventar francesi anche il mezzo offerto dall'art. 9 [11], come abbiamo veduto nel n.° II. Ma non pertanto non sarebbero francesi di pieno diritto, checebbè ne dica Delvincourt. « Io penso, questi dice, che sono non francesi dal momento della loro nascita. » Infatti ogni individuo nato in Francia è francese, eccetto il figlio dello straniero propriamente detto, e del francese che ha perduto questa qualità. Or nel nostro caso non può dirsi che il padre sia del tutto straniero, poichè egli gode di tutti i diritti del francese. »

Ma qual è dunque questo stato anfibio e mostruoso, in cui l'individuo sarà un poco francese, ma non interamente francese, od un poco straniero, ma non del tutto straniero? In qual testo di legge si troveranno gli elementi d'una simile teorica? Questa dottrina è tanto più

strana in Delvincourt, per quanto egli stesso rigetta, e con ragione, siccome arbitraria e senza alcun fondamento nella legge, la decisione per la quale Proudhon attribuisce allo straniero stabilito in Francia senza autorizzazione il godimento non della totalità, ma d'una parte de' diritti civili. *Io non veggio nel codice*, egli dice, *alcuna traccia di questo medio stato immaginato da Proudhon*. Non ve ne ha infatti e Delvincourt fa bene a confutare questa dottrina che noi combatteremo sotto l'art. 17 [20]. Ma dove ha egli dunque trovato le tracce dello stato ben altrimenti inammissibile che egli stesso immagina? L'idea di Proudhon se è arbitraria almeno non è assurda. Benissimo può concepirsi un godimento parziale de' diritti civili, e questo godimento parziale è disposto dalla legge non già, a dir il vero, nel caso di cui parla Proudhon, ma in molte altre congiunture, segnatamente nell'art. 18 del codice penale, per i condannati alla deportazione. Ma chi può concepire uno stato in cui si è in parte francese ed in parte straniero? Certamente, se bisogna dire con Delvincourt, non già assolutamente, ma nel caso di cui parla Proudhon: *Un individuo gode in Francia di tutti i diritti civili o non ne gode di alcuno*: con più ragione si dee rispondere al medesimo: *Un individuo nato in Francia è totalmente francese o non lo è affatto*. Il godimento dei diritti civili è perfettamente divisibile, ma non la qualità di francese.

Del resto Delvincourt ci offre nella medesima nota precisamente la confutazione del suo errore. Infatti nel paragrafo precedente trovasi di aver detto: *A quali leggi personali è sottoposto lo straniero godente i diritti civili in Francia...? Alle leggi personali del suo paese. UNO STRANIERO certamente non è FRANCESE; egli ha il godimento de' diritti civili, vale a dire che al diritto che avea di fare certi atti come straniero il governo aggiunge quello di fare tutti gli altri, ma non gli dà la qualità di francese*. E però anche secondo Delvincourt quest'individuo rimane straniero, ma, se è così, i suoi figli nascono stranieri, salvo a diventar francesi con uno de' mezzi offerti loro dalla legge.

II [15]. — Lo straniero, anche non residente in Francia, potrà essere citato avanti i tribunali francesi per la esecuzione delle obbligazioni da lui contratte in Francia con un francese; potrà parimenti esser tradotto avanti i tribunali francesi per le obbligazioni da lui contratte in paese straniero con un francese (1).

(1) Il nostro art. 15, corrispondente all'art. 14 del codice civile, presenta qualche diversità. Ecco il testo del

primo: — Lo straniero anche non residente nel regno potrà essere citato avanti i tribunali nazionali per l'es-

SOMMARIO

- I. Redazione vicina dell' articolo. La sua prima disposizione è conforme ai principi del diritto, e non la seconda.
 II. Inanzi qual tribunale di Francia dev' essere citato lo straniero.
 III. L' articolo non parla che delle obbligazioni convenzionali; nulladimeno si applica egualmente agli obblighi formati senza convenzione, ma non alle materie reali.
 IV. La legge, oltre la regola di questo articolo, permette contro lo straniero diverse misure rigorose che non autorizza contro i francesi.

I. — Questo articolo, che prevede due casi del tutto differenti l'uno dall' altro, e che intanto per l' uno e per l' altro pronunzia la medesima decisione, avrebbe dovuto farlo con una disposizione unica invece di presentare due frasi distinte. Or ora spiegheremo la causa di questa bizzarra redazione; e anticipatamente però diciamo che se la decisione portata successivamente nelle due parti dell' articolo nel primo caso è logica e conforme ai veri principi del diritto, tale non è nel secondo.

Due cause possono attribuire all' uomo il potere di giudicare i suoi simili e di dichiarare i loro diritti: 1.° la missione data dal governo cui sono sottoposte o le persone che si tratta di giudicare, o le cose sulle quali vi è contestazione; 2.° il consenso de' giudicabili.

Nel primo caso preveduto dal nostro articolo, quello di obbligazioni contratte dallo straniero in Francia, ha luogo la seconda causa che testè abbiamo indicata. Lo straniero consente tacitamente ad essere giudicato da un tribunale francese allorchè viene in Francia a contrattare con un francese; ma è chiaro però che non può dirsi altrettanto del secondo caso. Uno straniero che dimora cinquecento leghe lontano dalla Francia, che dal francese è stato ricercato nel suo paese per contrattare con lui, e che forse non è giammai uscito e non pensava di uscir mai dalla sua provincia, non può reputarsi avere acconsentito ad essere giudicato in Francia. Laonde nel progetto di questo titolo erasi data per questo secondo caso una diversa decisione; ciò spiega perchè il nostro articolo dispone separatamente per due casi che dovrebbero esser riuniti in una sola disposizione, poichè ricevono la medesima soluzione: non ammettendo quel che prescriveva il progetto nella seconda parte, si limitarono a mettere un' affermazione in luogo di una negazione invece

di rifondere l' intero articolo come avrebbesi dovuto fare.

II. — Questa facoltà, interamente d' eccezione e di favore pel francese, di tradurre sempre avanti i tribunali di Francia lo straniero col quale egli ha contrattato, dà luogo ad una questione di cui cercheremo invano la soluzione nel codice. Ed è quella di sapere tra i tribunali francesi quale sarà quello innanzi al quale bisognerà citare lo straniero. Ordinariamente in materia personale, vale a dire quando si tratta d' obbligazione (ed è questo il caso del nostro articolo), si dee citare a comparire innanzi al tribunale del domicilio del reo; *actor sequitur forum rei* (art. 59 [102] cod. di proc.). Ma questa regola è nel nostro caso inapplicabile, poichè il tribunale del domicilio del reo sarebbe un tribunale straniero, ed il codice permette di citare innanzi un tribunale francese. Che dunque decidere?

Noi siamo di avviso che si debba distinguere se si tratta d' una obbligazione contratta in Francia, siccome allora la competenza dei tribunali francesi è fondata sul tacito consenso dello straniero di esser giudicato dal tribunale del paese in cui è venuto a contrattare, egli è naturale dire che il tribunale competente sarà quello nella cui giurisdizione è stata contratta la obbligazione; se poi si tratta di obblighi contratti in paese straniero, allora non essendo riconosciuta dalla legge alcuna regola di competenza, è impossibile d' indicare rigorosamente un tribunale piuttosto che un altro. Nulladimeno sembra più regolare di adire in questo caso il tribunale del francese attore, perchè questo tribunale è almeno quello d' uno de' due litiganti.

Il nostro articolo è fatto per ogni straniero, anche per quello non residente in Francia; or se si trattasse d' uno straniero che vi risiedesse la questione che abbiamo esaminata non presenterebbe alcuna difficoltà; imperocchè ci troveremmo nella regola ordinaria dell' art. 59 [102] del codice di procedura, il quale prescrive che in materia personale la citazione debb' esser fatta al tribunale del domicilio del reo, e non avendo domicilio al tribunale della sua residenza.

III. — Del resto l' articolo parla soltanto di obbligazioni contratte, e nulla dico: 1.° del

cauzione delle obbligazioni da lui contratte nel regno: potrà pertanto esser chiamato avanti i tribunali nazionali per le obbligazioni da lui contratte in paese straniero con un nazionale, perchè gli effetti del giudicato possono eseguirsi nel regno. — Dal confronto della prima parte del nostro articolo con quello del codice civile si vede che il nostro legislatore non ha richiesto perchè lo straniero possa esser citato innanzi a' tribunali del regno, che l' obbligazione da lui contratta nel regno lo sia con un nostro nazionale, mentre per le leggi

francesi è espressamente richiesta che l' obbligazione sia contratta in Francia con un francese. V. Arr. della C. S. di giustizia del 25 settembre 183 nella causa tra il march. Pocca, Menricoffre Sorvillo e comp. Nella seconda parte poi dell' articolo trovasi un' aggiunta fatta dal nostro legislatore con le parole *perchè gli effetti del giudicato possano eseguirsi nel regno*. Siffatta aggiunta è consentanea alla stessa giurisprudenza francese (Nota del traduttore).

caso di obbligazioni formate senza convenzione, senza contratto [art. 1370 [1324] e seguenti], nè 2.° del caso in cui non si tratta più di obbligazioni, di diritti esistenti, soltanto contro la persona, ma di *diritti reali*, di diritti esistenti contro e sulla cosa medesima, i quali saranno spiegati nel nostro secondo volume al titolo della *proprietà* (art. 544 [409] e seguenti).

Così, quando vi muovo una lite, pretendendo o la proprietà, o l'usufrutto, od una servitù di passaggio sul fondo che voi possedete, io reclamo un *diritto reale*. Se, per l'opposto pretendo che voi dovete pagarmi una certa somma, o consegnarmi qualche cosa, o fare qualche cosa per me, in questo caso chiedo l'esecuzione di un *diritto personale*, d'una *obbligazione* la quale può nascere da un contratto, vale a dire da una convenzione stabilita tra le parti, o da una causa diversa. Se, a modo d'esempio, voi per imprudenza avete incendiata la mia casa, siete tenuto ad indennizzarmi, ed il vostro debito evidentemente non risulta da un patto, da una convenzione stabilita tra noi. Vi sono dunque *diritti reali* (*jura in re*) e *diritti personali*, od obbligazioni, le quali si suddividono in *obbligazioni convenzionali* ed *obbligazioni non convenzionali*. Il codice dà specialmente a queste ultime il nome di *quasi-contratti*.

Or che bisogna decidere per le obbligazioni non convenzionali per i diritti reali? L'articolo è egualmente applicabile alle une ed alle altre?

Si applica alle prime: questa regola è fatta per ogni sorta di diritti personali, per ogni sorta di obbligazioni. Se il legislatore ha parlato di obbligazioni *contratte* ciò è stato perchè egli sempre si occupa *de eo quod plerumque fit*, di ciò che avviene più spesso, ed il contratto è la sorgente principale e più ordinaria delle obbligazioni. Per qualunque obbligo che non risulta da convenzione, come ancora per qualsivoglia obbligazione convenzionale, lo straniero debitore potrà sempre esser tradotto innanzi i tribunali di Francia; imperocchè le regole di competenza son sempre le stesse per le diverse obbligazioni, da qualunque causa esse procedano (1). Ma la cosa va diversamente pe' diritti reali. Questi sotto molti rapporti, e segnatamente rispetto alla competenza del tribunale che deve dichiararli, sono soggetti a regole differenti da quelle, cui sono sottoposti i diritti personali; così secondo l'art. 59 [102], testè indicato dal codice di procedura, il reo in

materia reale dov'essere citato innanzi il tribunale della *situazione dell'oggetto litigioso*. Per decidere una questione reale bisognerà il più delle volte recarsi sovra luogo; dunque dalla natura medesima delle cose deriva la regola di diritto che abbiamo accennata; laonde questa regola si applica non solamente da un tribunale francese ad un altro tribunale anche francese, ma da una nazione ad un'altra nazione. I beni d'un paese restano sottoposti, come abbiamo osservato nell'art. 3 [5 e 6], alle leggi di questo stesso paese; or i tribunali di ciascuna nazione sono i soli competenti ad applicarne le leggi; dunque il nostro articolo non riguarda per nulla gli affari reali, ed ogni qual volta si tratterà d'un diritto reale non si dovrà più considerare se il giudizio si agita tra un francese ed uno straniero, o tra due francesi, o tra due stranieri, nè ricercare se è il francese che agisce contro lo straniero, o lo straniero contro il francese, ma la regola unica ed assoluta in tutti i casi sarà d'intentare il giudizio innanzi al tribunale nella cui giurisdizione si trova l'oggetto litigioso.

IV. — Del resto la facoltà esorbitante conceduta dal codice nella seconda parte del nostro articolo non è la sola disposizione eccezionale che la legge porta contro lo straniero a pro de' nazionali. Due leggi posteriori al codice, quella del 10 settembre 1807 e quella del 17 aprile 1832, che è venuta a surrogare la prima, permettono contro lo straniero che si trova in Francia misure rigorose motivate dal timore di vederlo sottrarsi all'esecuzione del giudicato dal francese ottenuto.

E però, mentre l'arresto personale, la prigione, non si può pronunziare contro il francese che in certi casi specialmente determinati, la legge del 1832, art. 13, stabilisce che ogni sentenza proferita in favore d'un francese contro uno straniero che non è domiciliato in Francia dia luogo all'arresto personale di quest'ultimo allorchè l'oggetto principale della condanna oltrepassa 150 fr. Di più, secondo gli art. 15 e 16, lo straniero può prima d'ogni condanna, a condizione solo che il debito sia esigibile, essere provvisoriamente arrestato in virtù d'una semplice ordinanza del presidente rilasciata sulla dimanda del franco-creditore, eccetto: 1.° se lo straniero giustifichi che egli possiede in Francia immobili od uno stabilimento di commercio d'un valore sufficiente; 2.° o dia una valida cauzione in persona di uno che sia domiciliato in Francia (2).

(1) Montpellier, 12 luglio 1826; Parigi, 17 novembre 1834. Rouen, 6 feb. 1841; Rig. 13 dic. 1812. — Devill. 36, 2, 175; 41, 2, 129; 43, 1, 14.

(2) Le misure rigorose contro lo straniero delle quali fa parola l'autore sono contenute nel nostro art. 18

delle leggi civili, il quale è del tutto nuovo. Questo articolo è concepito nei seguenti termini: « Qualunque condanna a carico di uno straniero, che non ha domicilio nel regno, potrà eseguirsi nel regno con l'arresto personale. Il presidente del tribunale della pro-

Daremo su questa materia più ampl' schiarimenti spiegando il titolo dell'arresto personale, art. 2059 [1934] e seguenti.

15. [16]. — Un francese potrà esser citato avanti un tribunale di Francia per le obbligazioni da esso contratte in paese straniero anche con uno straniero.

SOMMARIO

- I. Questo articolo non è altro che l'applicazione del diritto comune.
 II. Gli art. 14 e 15 (14 e 16) non parlano che di contestazioni tra un francese ed uno straniero; se il giudizio avesse luogo tra due stranieri il tribunale francese sarebbe competente in tal caso.
 III. Esecuzione in paese straniero di sentenza francese, e viceversa. — In quel modo le sentenze straniere debbono dichiararsi esecutive in Francia. Errori di Duranton, Poul, ecc., e di molti altri.

I. — Non bisogna credere che il nostro articolo, il quale permette allo straniero di citare avanti i tribunali di Francia in tutti i casi il francese che ha contrattato con lui, sia una disposizione eccezionale stabilita in favore dello straniero, come una giusta reciprocità della rigorosa eccezione che contro di lui è consacrata dall'articolo precedente. Il nostro articolo non è altro che la pura e semplice applicazione del diritto comune, de' principi generali, e la sua disposizione non avea bisogno d'essere scritta nella legge. È chiaro infatti che non si può giammai declinare la competenza del proprio giudice naturale.

II. — Gli art. 14 e 15 (15 e 16) parlano soltanto di sentenze a pronunziarsi tra un francese ed uno straniero; che si dovrebbe decidere, relativamente alla competenza de' tribunali francesi, se si trattasse di due stranieri?

La contestazione tra due stranieri potrebbe esser giudicata da un tribunale francese in tre casi: 1.^a quando amendue consentono ad esser giudicati da questo tribunale; questo allora è un volontario arbitrato, e due litiganti son sempre liberi di scegliersi quegli arbitri che loro piace; 2.^a allorchè trattasi di un atto di commercio intervenuto in Francia, perchè, attesa la celerità che richiedono gli affari commerciali, i due avversari legalmente si presumono aver avuta l'intenzione d'esser giudicati, avvenendo il caso, da' tribunali del paese; 3.^a nel caso in cui la contestazione ha per oggetto immobili siti in Francia, giusta quel che abbiamo detto nell'articolo precedente, n. III *in fine*. Ma è da notare che nei due ultimi casi i tribunali francesi sarebbero

tenuti di giudicare, mentre nel primo ciò non sarebbe per essi che una semplice facoltà, atteso che niuno è obbligato ad accettare la funzione d'arbitro, ed il *dovere* di giudicare non esiste pe' tribunali che ne' soli casi pei quali imperativamente la legge dà loro siffatta missione.

III. — Non potendosi fare alcun atto di esecuzione in un paese se non per l'autorità del governo di questo stesso paese, ne segue che per regola generale, nessuna sentenza francese può eseguirsi in paese straniero, nè alcuna sentenza straniera eseguirsi in Francia, se non quando esiste un trattato che permetta in ciascuno de' due paesi l'esecuzione delle sentenze proferite nell'altro. Nulladimeno il legislatore francese richiede, per potersi eseguire in Francia le sentenze straniere, oltre di un trattato, che siano anche dichiarate esecutive da un tribunale francese. Infatti l'art. 2123 (2009), ultimo comma, dichiara da una parte che l'ipoteca deriverà in Francia da sentenze straniere: 1.^a quando saranno state dichiarate eseguibili da un tribunale francese; 2.^a quando leggi politiche o trattati lo permetteranno; di poi l'art. 346 (636) del codice di procedura generalizza siffatta disposizione speciale, dichiarando che *tutte le sentenze straniere saranno suscettive d'esecuzione in Francia nel modo preveduto dal citato art. 2123 [2009]*.

Ma in qual maniera il tribunale francese renderà esecutiva la sentenza straniera? Trattasi d'un semplice *visto*, d'un ordine di eseguirsi che dal presidente del tribunale si apporrà a piè della sentenza, come si pratica per rendere esecutiva una sentenza arbitrale, secondo gli art. 1020 e 1021 (1096 e 1097) del codice di procedura; o pure sarà necessario di discutersi di nuovo la questione, e trattare la causa avanti il tribunale francese?

Noi non esitiamo a rispondere che nessuno di questi due modi dev'essere seguito.

È da prima, non trattasi mica d'un semplice *visto*, d'una semplice ordinanza d'*exequatur*, e con ragione è generalmente combattuta l'opinione contraria di alcuni autori (1), imperocchè, 1.^a il legislatore non ha potuto avere il pensiero di fare del potere giudiziario una macchina imprime alla cieca la forza esecutiva alle sentenze straniere; 2.^a queste sentenze potrebbero contenere disposizioni incompatibili con l'ordine pubblico francese, con le nostre leggi ed i nostri costumi, e quindi non potrebbe esserne permessa

« vincia, o valle, in cui lo straniero si trovi potrà anche prima della condanna, dopo però la scadenza o « esigibilità del debito, sulla richiesta del creditore, e « nel concorso di sufficienti motivi ordinarne l'arresto. « Questa misura non avrà luogo, e cesserà quando lo « straniero dimostri di possedere nel regno uno stabili-

« mento di commercio, o stabili sufficienti ad assicurare il debito; ovvero dia cauzione equivalente di per « sone che abbia domicilio nel regno. » (Nota del traduttore).

(1) Pigeau (Proc. part. 5, tit. 3.) Foelix (p. 389, Massé (II-305).

l'esecuzione; 3.° da ultimo, se si trattasse di apporre un semplice *visto*, se non vi fossero questioni ad esaminare, questo sarebbe incarico del solo presidente, e non si richiederebbe la riunione del *tribunale*, siccome vuoi dall'art. 2123 [2009].

Ma, neppure può esser questione di esaminare di nuovo il merito della causa, di discutere una seconda volta la contestazione, come molti sostengono (1).

Infatti se fosse necessario sottoporre di nuovo a discussione il merito della causa, affinché i giudici francesi stimassero il valore della prima decisione, e potessero giudicare nel medesimo senso o in un senso contrario, di questi giudici si costituirebbe un tribunale di revisione e d'appello, innanzi al quale la cosa che era giudicata cesserebbe di esserlo, e sarebbe di nuovo messa in questione; vale a dire che la sentenza straniera si avrebbe come non esistente dall'istante che entra in Francia, come una sentenza di prima istanza lo è dal momento in cui avverso di essa producesi appello. Ma chi pretenderebbe che *rendere una sentenza esecutiva* sia lo stesso che *pronunciare sull'appello di questa sentenza*? Chi si è mai avvisato di dire che le nostre corti di appello hanno la missione di *rendere esecutive* le sentenze di prima istanza?... Chi non vede che questa sarebbe la più completa violazione e contraddizione degli art. 2123 [2009] del codice civile e 546 [636] del codice di procedura; poichè ciò sarebbe lo stesso che dire che bisognerà sulla medesima questione rimpiazzare la sentenza straniera con una sentenza francese, e quindi che una sentenza straniera non si eseguirà mai in Francia, mentre la regola degli art. 2123 e 546 [2009 e 636] è che sotto la condizione preveduta le sentenze straniere debbono eseguirsi presso di noi!...

Le sentenze straniere potranno eseguirsi in Francia. Ecco una prima idea ben chiara, una disposizione che dobbiamo riconoscere come l'espressione del principale pensiero del legislatore, tanto più che per fare questa disposizione distrugge l'idea contraria dell'antico diritto che positivamente diceva, nell'art. 121 dell'ordinanza del 1629, che le sentenze straniere non potevano avere alcuna esecuzione in Francia. Ma intanto, siccome un atto d'autorità non può giammai eseguirsi in un paese se non per l'ordine del sovrano di questo paese, ordine emanato o da lui medesimo o da funzionari, ch'egli delega a quest'oggetto, così sarà necessario l'intervento del potere giudiziario francese.

Sino a ciò, e se ci limitassimo a questa prima idea, sarebbe sufficiente un semplice *visto* d'un presidente di tribunale, come si pratica per le sentenze arbitrali. Ma di più, emanando la sentenza di cui parliamo da magistrati stranieri, che non conoscono le nostre leggi ed i principi considerati in Francia come d'ordine pubblico, da magistrati che non son familiari co' nostri costumi e le nostre idee religiose, che non hanno conoscenza de' nostri modi di procedura e d'esecuzione, ec., ec., ne segue che la questione se questa sentenza può o no eseguirsi, se le sue differenti prescrizioni sono in armonia o in contraddizione con l'insieme delle leggi in vigore presso di noi, può offrire a giudicare molteplici e delicate questioni, per la decisione delle quali era indispensabile convocare un intero tribunale, quantunque non si trattasse di discutere di nuovo la contestazione.

E questo il vero pensiero del legislatore. Esso è certamente molto semplice, e se è evidente che non può trattarsi d'un semplice *visto* o *pareatis*, è del pari evidente che non si possono assimilare e pretendere identiche due regole, di cui l'una *proibiva qualunque esecuzione* in Francia della sentenza straniera, e concedeva alla parte condannata *il discutere di nuovo i suoi diritti come per nulla tesi*, mentre l'altra vuole che questa sentenza abbia il suo effetto in Francia a condizione d'essere dichiarata esecutiva (Conf. Boitard, *proced.* II, n. 321).

Del resto oggi è risaputo (e questo punto infatti è anche evidente non ostante la disposizione assoluta degli art. 2123 [2009] c. c. e 546 [636] c. di pr.) che la regola debba applicarsi senza distinzione se la sentenza sia stata pronunciata a pro o contro di uno straniero o d'un francese.

16 [17]. — In qualunque materia, escluse quelle di commercio, lo straniero che sia attore sarà tenuto di dare cauzione pel pagamento delle spese e de' danni risultanti dalla lite, quando non possenga in Francia beni stabili d'un valore ad assicurarne il pagamento.

SOMMARIO

I. Scopo dell'articolo. — Questa gerovile si chiama *fiduciarium judicium solus*. — È sufficiente che il *defendeur* sia domiciliato in Francia.

II. Non devono prestar cauzione quando il querelante è anch'egli straniero. — Errore di Merlin, Zachariae, Carré-Delisle, Valerio, ec.

III. Le cinque casi non si è obbligo di dar cauzione.

IV. Lo straniero è dispensato dal prestarla allorchè possiede beni stabili in Francia, e non è tenuto a sottoporli ad ipoteca. Errore di Duvicourt.

(1) M. Rion (*Quist. v. Giudizio*, § 14, II), Toullier (X-85), Daranion (I-158), Persil (art. 2123, n. 17), Grenier (*Ipot.*, I-207), Troplong (*Ipot.* II-451), Bon-

cenne (III, p. 223); Rig. 19 aprile 1819; Tolosa 27 dic. 1819; Grenoble, 3 gen. 1829; Parigi 17 maggio 1830; Douai, 3 gen. 1815 (*Dev.* 30, 2, 309; 45, 2, 513.)

V. la appella, solo in un caso bisogna dar cauzione.

VI. Lo straniero non può, come il francese, far cessare l'ufficio del suo beni. Quale all'art. 2019 [2120] per la prescrizione dei francesi a stranieri.

VII. Tranne che al capitolo II.

I. — Questo articolo ha per iscopo d' impedire che uno straniero non intenti contro un francese un'azione ingiusta, ed in seguito scomparsa, senza pagare le spese, che costui fosse stato obbligato di fare per difendersi, nè i danni-interessi pel pregiudizio che quest'azione vessatoria avesse potuto cagionargli.

Epperò lo straniero, attore contro un francese, dee prestargli cauzione, eccetto i casi di dispensa di cui parleremo al num. III. Chiamasi *fideiussore* la persona che soddisfa l'obbligazione d'un altro; nel caso nostro colui che garantisce l'obbligazione eventuale dello straniero attore chiamasi *fideiussore JUDICATUM SOLVI*, garante del pagamento di ciò che sarà giudicato.

Secondo l'art. 2018 [1890], al titolo della *fideiussione*, fa mestieri che la persona che garantisce abbia la capacità di contrattare, e possenga beni sufficienti per cautelare l'oggetto dell'obbligazione. Ma dove, nel caso del nostro articolo, il *fideiussore* dev'essere domiciliato?.. Giusta la regola generale dell'art. 2018 [1890] il *fideiussore* dev'essere domiciliato nella giurisdizione del tribunale d'appello; noi però opiniamo che nel caso nostro non si possa ciò esigere. Infatti che cosa ha voluto il legislatore?... Che lo straniero attore, che non possiede in Francia immobili sufficienti, si faccia garantire da una persona che ne possenga, e questo è tutto; qualunque sia il luogo del domicilio del *fideiussore*, purchè sia in Francia, il francese convenuto è sicuro d'essere indennizzato di ciò che gli potrà esser dovuto. D'altronde la disposizione del nostro articolo è di dritto stretto ed eccezionale: per la qual cosa non bisogna estenderla oltre i suoi termini. Da ultimo, se per ottenere un più sicuro risulamento vogliasi combinare questa disposizione con qualche altra, gli è meno riportarsene all'art. 2018 [1890], che alle leggi del 10 settembre 1817 e 17 aprile 1832, già citate sotto l'articolo precedente, le quali trattano, come l'articolo che spieghiamo, di una cauzione a darsi dallo straniero, e per motivi perfettamente analoghi: or queste due leggi, la prima col suo art. 3, la seconda col suo art. 14, richiedono soltanto un *fideiussore domiciliato in Francia*.

(1) Merlin (*Rep. v. caus. giud.*), Delvincourt, Favart. (v. eccez.), Delaporte (art. 16), Malville (*ibid.*), R. de Villargis (v. stran. n. 33), Zachariae (I, p. 166), Coin Delisle (n. 3), Valette (sopra Proudh. I, p. 187, n. II), Duvergier (sopra Toullier. I 213); Parigi, 28 marzo 1832; Parigi 30 luglio 1831.

Marcadé T. I.

II. — È un punto molto controverso, ma che a noi per altro sembra semplicissimo, quello di sapere se la cauzione *judicatum solvi* può esser richiesta da uno straniero che consente ad esser convenuto innanzi un tribunale francese, o che si trova obbligato a comparirvi ne' due casi che abbiamo indicato nell'articolo precedente. Si dice per l'affermativa che nel nostro antico dritto la cauzione era dovuta tanto agli stranieri che erano chiamati in giudizio, quanto ai francesi, e che nulla mostra essersi il nostro legislatore allontanato da quest'antica regola (1). Noi però siamo di avviso con Duranton (I-166), Dalloz (v. eccez., § 1, p. 11), e Demolombe (I-255), che la cauzione è dovuta al solo francese. Ed anche questa dottrina è stabilita dalla giurisprudenza.

Primieramente è incontrastabile che la facoltà di richiedere questa cauzione non deriva dal diritto naturale, ma è un puro diritto civile, il quale non potrebbe per conseguenza appartenere allo straniero che in forza d'una legge espressa, e che costui, secondo gli art. 11 e 13 [9 num. 1 e 2], potrà solo reclamare quando un'autorizzazione di stabilire in Francia il suo domicilio gli avrà conferito il godimento dei diritti civili, o quando apparterrà ad un paese in cui il francese, giusta i trattati, gode un eguale beneficio. — Epperò, quando anche fosse vero che siffatta regola esisteva nell'antico dritto, essa sarebbe stata soppressa dalla legge del 21 marzo 1804 (2), la quale abrogò tutte le leggi e le consuetudini relative alle materie di cui si occupa il codice civile. Ma oltretutto quest'antica regola, che si pretende conservata dal nostro articolo, differiva molto dall'attuale: come osservasi in Denizart (v. *caus. giudiz.*, n. 8), Bacquet (cap. 17, n. 2), Brillon (*dis. degli arresti*), Pothier (*persone*, art. 4, tit. 2, sez. 2), essa consisteva a sottoporre i due litiganti stranieri a darsi una cauzione reciproca. Oggi nulla bavi di simile, e l'adattare il sistema de' nostri avversari, nel quale lo straniero potrebbe come il francese richiedere la cauzione senza darla, sarebbe cambiar pure l'antica giurisprudenza. — Finalmente, se alcun dubbio potesse rimanere, esso certo si dileguerebbe esaminando i lavori preparatori, che noi sempre più ci maravigliamo di veder così negletti dagli scrittori. Al tempo della discussione in consiglio di stato, quando il nostro articolo non ancora esisteva, il ministro della giustizia dimandò che la cauzione *judicatum solvi* fosse

(2) Altrettanto fece tra noi la legge del 21 maggio 1819 per tutte le precedenti relative alle materie di cui trattano le leggi civili, come già da noi si è detto alla nostra nota (I) pag. 22 a seg. (Nota del traduttore).

conceduta come « garanzia al cittadino convenuto in giudizio da uno straniero; » e Tronchet avendo proposto di allegare siffatta disposizione nel codice di procedura, il console Cambacérès risposegli che « sarebbe riuscito dannoso ai francesi il procrastinare di dar loro questa sicurezza. » In seguito nella discussione avanti il tribunato si disse egualmente: « Non può non applaudirsi la disposizione secondo la quale ogni straniero che vorrà intentare una lite contro un francese sarà tenuto di dar cauzione per le spese del giudizio. » (Fenet, t. VII, p. 13 e 330).

Sicché, dopo essersi giudicato in questo senso da molte corti d'appello, la questione infine si è presentata alla corte suprema nel 1842, e vi ottenne dopo minutissimo e profondissimo esame la medesima soluzione con arresto, il quale, secondo diceva il relatore, non avrebbe dovuto mancare di servir di regola alla giurisprudenza intorno a questo punto (1).

III. — Lo straniero attore è dispensato dal prestare cauzione in cinque casi, cioè:

1.° Quando trattasi d'affari commerciali; a causa della sollecitudine con la quale è d'uopo terminarli (testo del nostro articolo);

2.° Quando lo straniero possiede in Francia immobili sufficienti per assicurare il regresso che il francese convenuto potrebbe contro di lui sperimentare (ibid.);

3.° Allorché deposita la somma determinata dal tribunale (art. 167 [161] C. pr.);

4.° Quando i trattati conclusi tra la Francia ed il paese cui appartiene lo straniero dispensano dal prestare siffatta cauzione (art. 11 [9] (2));

5.° Finalmente, quando questi trattati permettono d'eseguire le sentenze francesi nel paese di esso straniero.

Quest'ultima causa di dispensa può parere dubbiosa, ma sembraci doversi ammettere

egualmente. Allora infatti il francese non teme più di essere ridotto per colpa dello straniero alla impossibilità di far eseguire la sentenza: dunque il motivo pel quale è stato dettato il nostro articolo non esiste più, e questo è il caso di dire, come a noi pare, cessante causa, cessat effectus.

IV. — Nel caso della seconda eccezione suddetta, vale a dire quando lo straniero possiede in Francia immobili sufficienti, il francese può pretendere l'ipoteca su quest'immobili?

No; trattasi qui di diritto rigoroso e speciale, per la qual cosa non bisogna uscire fuori i limiti del testo della disposizione. Or secondo questo testo vi ha dispensa di cauzione allorché lo straniero possiede in Francia immobili, e non già quando dà ipoteca su quest'immobili.

È vero che questo straniero potrebbe nel corso del giudizio vendere tali immobili e poscia sparire, e che perciò sarebbe stato più prudente d'accordare al francese l'ipoteca; è vero che il legislatore, per raggiungere completamente lo scopo che si proponeva, avrebbe dovuto costringere lo straniero di dare al francese la sicurezza non solo che l'avversario possiede immobili nel giorno in cui intenta l'azione, ma eziandio, e soprattutto, che egli troverà ancora quest'immobili allorché si tratterà di chiedergli il pagamento de' danni ed interessi cagionati al francese. Or questo precisamente sarebbe stato l'effetto dell'ipoteca, poichè essa ha per unico risultato di dare, a quello cui si concede, il diritto di seguire i beni, chiunque ne sia il possessore, per esser soddisfatto de' crediti di cui si trovano gravati. Tutto ciò è vero; ma infine quel che la legge avrebbe potuto, e forse dovuto fare, non lo ha fatto, ed i tribunali non debbono correggerla, ma applicarla qual essa è. L'opinione contraria di

(1) Orléans, 26 giugno 1828; Pau, 3 dicembre 1836; Rig., 15 aprile 1842 (Dov. 42, 1, 473). Duranton, nella sua edizione aumentata dell'analisi della giurisprudenza, non cita alcuno di questi arresti; ed è già la quinta volta che abbiamo avuto l'occasione di far notare questa contraddizione dell'opera con la promessa del titolo (art. 1, n.° IV; art. 2, n.° XIII; art. 3, n.° VII; art. 8, n.° II). Siffatta contraddizione infatti è in tal modo frequente che non abbiamo potuto dispendiarci, per quanto era possibile, di premunire l'errore nel quale molti inevitabilmente saranno indotti.

Noi non ci brigheremo nel corso della nostra opera di notare ed una ad una le molteplici omissioni che l'anonimo del titolo di Duranton rende cotanto pregiudizievole. Diciamo solamente, per esempio, che vi è un passo in cui il detto professore, sostenendo una dottrina contraddetta da sedici arresti, non allega che un solo di essi, e lo presenta come conforme alla sua opinione (Fed. il nostro I, art. 1273, n.° III) che in un altro passo dichiara il suo avviso (erroneo

secondo noi) conforme alla giurisprudenza della corte suprema, invocando un antico arresto di rigetto, nel mentre che questa corte ha giudicato il contrario con molti recenti arresti, de' quali uno di cassazione del 23 giugno 1811 (ibid., n.° V); e che, soltanto nel nostro tomo III, si contano settantadue importanti arresti, di cui nella nuova edizione del detto professore non è indicato neppure uno. Senza dubbio non seria analisi della giurisprudenza, per quanto utile possa riuscire, non è poi indispensabile in un'opera di dottrina; ma quando tutti gli scrittori (Fed. Zachariae, Colai-Delie, Duvergier, Troplong, Demolombe) s'impongono il dovere di darle, benché il loro titolo non la prometta, toro gravemente dannoso al progresso della scienza che l'onica opera che la promette sia precisamente la sola che non la dia quasi mai.

2) Abbiamo già tenuti o servito (pag. 73 nota (1)) che per le nostre leggi si dà agli stranieri l'esercizio de' diritti civili per la sola reciprocità di fatto, senza che sia necessaria l'esistenza di particolari trattati (Nota del traduttore).

Delvincourt (t. I.) sembraci dunque erronea.

Secondo quest' autore l'ipoteca di cui parlamo esisterebbe per la semplice forza delle cose, per la ragione che sarà d' uopo d' una sentenza che dichiari e provi l'esistenza d' immobili sufficienti, e che ogni sentenza, a' termini dell' art. 2123 [2009] primo comma, produce ipoteca. Ma questo è un altro errore; osserveremo, spiegando quest' art. 2123 [2009], che le ipoteche non derivano che dalle sentenze che *pronunziano una condanna*; or non v' ha alcuna condanna a pro del francese contro lo straniero in una sentenza che dichiara che *questo straniero non è tenuto a dar cauzione al francese*.

V. — In appello solo in un caso lo straniero attore può esser costretto a prestar cauzione.

Infatti, se in prima istanza questo straniero era convenuto per la sentenza di cui appella al presente, egli non sarebbe tenuto a dar cauzione, e l' appello che interpone non è altro che un nuovo mezzo di difesa, una nuova via per respingere l' azione che gli si è intentata contro (1).

Se poi in prima istanza agiva da attore gli si è dovuta domandare la cauzione, e se è stata data essa non è ancora liberata, poichè l' affare non è ancora terminato. Se non è stata data ciò è avvenuto o perchè chi aveva il dritto non l' ha chiesta, o pure perchè si era in un caso di dispensa. Se dal convenuto non è stata dimandata, questi dunque ha rinunziato al suo dritto, e ciò costituisce un contratto tacito che poscia non può annullare. Finalmente se lo straniero trovavasi in un caso di dispensa, o il motivo di questa dispensa esiste tuttavia ed allora non gli si può domandare la cauzione, o è cessato ed allora la cauzione può richiedersi. Questo è il solo caso in cui possa essere richiesta.

VI. — Per compiere il quadro delle principali differenze che esistono tra il francese e lo straniero aggiungiamo che quest' ultimo non può giammai fare una cessione giudiziaria de' suoi beni, vale a dire obbligare i suoi creditori a conservargli la sua libertà personale, prendendo i beni che gli rimangono. Siffatto beneficio, conceduto al francese dall' art. 1268 [1221] cod. civ., è rifiutato

formalmente allo straniero dell' art. 905 [982] del codice di procedura.

La questione se ed in qual modo la prescrizione ha luogo tra francesi e stranieri sarà da noi esaminata al titolo della *prescrizione*, art. 2219 [2125].

Del resto quel che abbiamo detto dello straniero nel presente articolo, e nel num. 2 dell' art. 14 [13], applicasi soltanto allo straniero ordinario, e non allo straniero privilegiato, vale a dire ammesso con autorizzazione del governo a stabilire il suo domicilio in Francia. Quest' ultimo infatti è, relativamente al godimento de' diritti civili, assimilato al francese, eccetto per quel che riguarda la sua capacità personale: per esempio, l' età in cui sarà maggiore, l' età in cui potrà contrarre matrimonio, ecc., come si è spiegato sotto l' art. 13 [9 n.° 2.]. Così questo straniero privilegiato non sarà obbligato di dare la cauzione richiesta dal nostro articolo; potrà essere ammesso al beneficio della cessione; le sentenze contra di lui pronunziate non produrranno arresto personale, e non potrebbe essere provvisoriamente arrestato. (D'altronde basterebbe per questi due ultimi punti che fosse domiciliato in Francia, anche senza autorizzazione del governo; imperocchè questi rigori non sono autorizzati dalla legge del 17 aprile 1832 che contro lo straniero non domiciliato). I diversi benefici, le facoltà diverse di che è privato lo straniero ordinario, sono altrettanti diritti civili; e lo straniero ammesso a stabilirsi in Francia con l' autorizzazione del governo gode di tutti i dritti civili.

VII. — Negli art. 11, 13, 14, 15, e 16 [9 n.° 1, 9 n.° 2, 15, 16, e 17] abbiamo veduto le principali differenze che esistono circa il godimento de' diritti civili, 1.° tra i francesi e gli stranieri privilegiati; 2.° tra i francesi e gli stranieri ordinari; 3.° fra le due specie di stranieri. Nel capitolo II osserveremo per quali motivi i francesi possono essere privati dei loro diritti civili.

Relativamente allo straniero ammesso a godere de' diritti civili secondo l' art. 13 [9 n.° 2] diggià è noto che egli li perde, o quando cessi di avere il suo domicilio in Francia, o quando il governo ritiri l' autorizzazione che gli aveva prima accordata (2).

(1) Limoges 20 luglio 1832; Parigi 31 gennaio 1835; Parigi 18 maggio 1844 (Dev., 32, 2, 594; 33, 2, 82).

(2) L' art. 19 delle nostre leggi civili, in fine del capitolo del godimento de' diritti civili, dichiara che gli stranieri sono incapaci del godimento di benefici ecclesiastici e d' impieghi civili nel regno. Questo articolo, che è nuovo, è la conseguenza del principio stabilito nell' art. 9, che l' esercizio de' dritti politici si appartiene ai soli nazionali.

I benefici ecclesiastici subirono varie fasi per le richieste della corte di Roma: ma finalmente col con-

cordato del 16 febbraio 1818 venne risolto nell' art. 8 che la collazione delle abbadi coelestioriali, le quali non sono di regio padronato, sebbene apertissime alla Santa Sede, pure essa non le conferirebbe che agli ecclesiastici sudditi di S. M., e che i benefici semplici di libera collazione con fondazione ed eresia in titolo ecclesiastico sarebbero conferiti dalla Santa Sede o dai vescovi, secondo la distinzione de' mesi nei quali succede la vacanza; ma la provvista se ora sarebbe sempre fatta in persona di sudditi di S. M. (Nota del traduttore).

CAPITOLO SECONDO

DELLA PRIVAZIONE DEI DIRITTI CIVILI.

SEZIONE PRIMA.

Della privazione de' diritti civili per la perdita della qualità di francese.

19 [20]. — La qualità di francese si perderà, 1.^a per la naturalizzazione acquistata in paese straniero; 2.^a per l'accettazione non autorizzata dal governo di pubblici impieghi confetti da un governo straniero; 3.^a finalmente per qualunque stabilimento fatto in paese straniero con animo di non più ritornare.

Gli stabilimenti di commercio non potranno giammai considerarsi come formati senza animo di ritornare.

SOMMARIO.

- I. La qualità di francese si perde per cinque motivi, tre de' quali soltanto sono indicati nell'articolo. — Essa non si perde che per la naturalizzazione domandata ma non ottenuta. — Né per l'autorizzazione di stabilir domicilio (*dénisation*).
- II. Lo stabilimento di commercio giammai per sé solo basta a provare l'intenzione di non ritornare. Questa non si presume mai.
- III. Non bisogna concludere, per argomenti a contrario da quest'articolo, che la scienza di aver preso stabilimento in Francia senza intenzione di ritornare nel proprio paese. — Duplice errore di Probins.
- IV. Osservazione sul testo primitivo di questo articolo.

I. — Cinque cagioni possono far perdere la qualità di francese; tre delle quali sono indicate dall'articolo in disamina, la quarta è indicata dall'art. 19 [22 e 23], e la quinta dall'art. 21 [23].

La prima di queste cinque cagioni è la naturalizzazione acquistata in paese straniero. Bisogna che siasi acquistata; non basterebbe che fosse stata domandata, è necessario che siasi ottenuta. Non basterebbe parimenti che vi fosse autorizzazione di stabilir domicilio (*dénisation*).

La *dénisation* in Inghilterra è l'autorizzazione accordata dal re di stabilirvi il domicilio, in virtù della quale si godono le medesime libertà, franchigie, e privilegi come dall'inglesi. Essa dunque corrisponde all'autorizzazione che presso di noi il governo può accordare, a norma dell'art. 13. [9 n. 2]. La *dénisation* si ottiene con lettere patenti del re, mentre la naturalizzazione non può essere accordata che da un *bill* del parlamento. Questa *dénisation* non conferisce la qualità d'inglese più che presso noi l'autorizzazione dell'art. 13 [9 n. 2] non conferisce la qualità di fran-

cese. Adunque l'articolo non si applica alla *dénisation* (1).

II. La seconda cagione indicata dal nostro articolo è sufficientemente chiara, e non richiede spiegazione. Soltanto osserviamo che per essa egualmente bisogna che gl'impieghi siano stati *accettati* senza l'autorizzazione del governo francese; non basterebbe che fossero stati sollecitati od offerti. E mestieri però dire qualche parola di schierimento sulla regola relativa alla terza cagione.

L'articolo dice che uno stabilimento di commercio non può mai essere considerato come formato senz'animo di ritornare. Ma non bisogna ritenere ciò alla lettera; la proposizione diverrebbe falsa se s'intendesse in un senso assoluto.

Infatti se alla circostanza che un francese ha formato uno stabilimento di commercio in paese straniero si aggiungessero altre circostanze, che unite alla prima provassero l'intenzione di non ritornare, è chiaro che si potrebbe bene argomentare tanto da questa prima circostanza che dalle altre. Ciò che ha voluto dire il legislatore, e a che si riduce la differenza che egli in ciò pone fra lo stabilimento di commercio ed ogni altro stabilimento, si è che lo stabilimento di commercio non basterà mai, se sarà solo, a provare la mancanza d'intenzione di ritornare, mentre un altro stabilimento potrebbe per sé stesso bastare. Conf. Coin-Delisle (n. 17), Richelot (p. 144).

Si è scritto che il senso di questa frase era che in caso di stabilimento di commercio la mancanza d'intenzione di ritornare non si potrebbe presumere, ma dovrebbe esser provata: non è questo certamente ciò che la legge vuol dire; imperciocchè non solo in questo caso particolare, ma sì bene in qualunque altra circostanza dev'essere provata la mancanza d'intenzione di ritornare. E principio generale che giammai si presume la rinunzia ad un dritto; ma se questa è una regola invariabile, e che deve sempre seguire, è chiaro che non si può abbandonare soprattutto allorchè trattasi della rinunzia ad una qualità tanto importante come quella di francese.

III. — Taluni giureconsulti, specialmente Delvincourt (t. I.), argomentando a contrario dal terzo comma del nostro articolo, pretendono che si riguardi come francese quegli che si è definitivamente stabilito in Francia senza intenzione di ritornare nel proprio paese, e del quale la intenzione sotto questo rapporto è sufficientemente chiara. Non si potrebbe sostenere, dicono essi, che individui venuti a stabilirsi in Francia da cento o dugento anni siano sempre considerati stranieri, perchè nè

(1) Cassazione, 19 gennaio 1819; Parigi, 17 luglio

1820; Rig., 29 agosto 1822.

essi nè i loro ascendenti si siano fatti naturalizzare; debbono dunque riconoscere per francesi... Noi finora avevamo ammesso questa opinione per coloro che il governo avrebbe chiamato a disimpegnare de' carichi riservati ai francesi, imperocchè allora, dicevamo, è avvenuto fra essi e il governo un tacito contratto col quale questo ha dato e lo straniero ha accettato la qualità di francese. Ma dopo il decreto del 23 marzo 1849 questa ristretta concessione dev'essere ancora rigettata, poichè si è veduto (art. 12) che lo stesso servizio militare, da questi stranieri accettato per effetto della legge del reclutamento, lascia loro secondo tal decreto la qualità di stranieri. Per duro che sia questo risultamento si è ben costretto di ammetterlo in vista del detto decreto del 1849.

Del rimanente se questa chiamata del governo non conferisce la qualità di francese è chiaro che almeno contiene l'autorizzazione di stabilirsi in Francia, e che dà per tal modo a coloro, che fino a tal momento non l'avevano, il godimento de' diritti civili. Adunque Proudhon è doppiamente in errore quando dice (l. cap. 12) che l'*incollato*, cioè a dire il fatto dello stabilimento in Francia (da *incollare* abitare), dà senza distinzione all'individuo non tutti ma una parte de' diritti civili. Infatti, finchè lo straniero non può mettere innanzi altro che uno stabilimento di domicilio in Francia, è chiaro che non può reclamare alcuno de' diritti civili, poichè il loro godimento, secondo l'art. 13 [9 n. 2], non risulta che da uno stabilimento fatto in seguito di autorizzazione del governo. Ma se per l'opposto lo straniero è stato chiamato a partecipare dei carichi imposti ai francesi, e li abbia accettati, allora è chiaro che da parte del governo evvi tacita autorizzazione, e che da quell'istante lo straniero può reclamare non solo una parte ma sì bene tutti i diritti civili.

IV.—Nel testo primitivo del codice il nostro articolo presentava una quarta cagione di perdita della qualità di francese; ed era « l'affiliazione a qualunque corporazione straniera che richiede le distinzioni di nascita. » Questa frase dell'edizione repubblicana fu tolta in quella imperiale nel 1807, allorchè ripristinaronsi i titoli di nobiltà. Oggi che la costituzione del 1848 (art. 10) ha nuovamente soppressi questi titoli sarebbe logico di ristabilire siffatta disposizione; ma al potere legislativo si appartiene il ristabilirla, e finchè non l'avrà fatto quest'antica regola non potrebbe essere invocata.

19 [21]. — Il francese che abbia perduto la qualità di francese, potrà sempre recuperarla, rientrando in Francia con l'autorizzazione del governo, e dichiarando di vo-

lervi stabilire, e di rinunziare a qualunque distinzione contraria alla legge francese.

1. — La rinunzia da quest'articolo richiesta a qualunque distinzione contraria alla legge francese, e di cui la primitiva estensione erasi trovata molto ristretta col ristabilimento de' titoli di nobiltà, dopo il 1818 ha ripreso l'estensione che aveva al tempo della compilazione del codice, imperocchè, come si è detto, i titoli di nobiltà furono novellamente proscritti dalla costituzione (art. 10).

19 [22 e 23] (1). Una francese, maritandosi con uno straniero, seguirà la condizione del marito.

Se rimane vedova ricupererà la qualità di francese, purchè abiti in Francia, o vi rientri coll'autorizzazione del governo, e dichiarare di volervi fissare il domicilio.

I.—Questo articolo ci addita il quarto modo di perdere la qualità di francese: ed è per la donna francese il suo matrimonio con uno straniero. Ma l'articolo va troppo oltre, e trovasi inesatto quando dice che questo matrimonio ha per effetto di far seguire alla donna la condizione di colui che sposa.

Difatti il legislatore può bene togliere ad un francese la qualità di membro della società francese; ma il suo potere non si estende fino a conferirgli la qualità di membro di un'altra società. La prima disposizione del nostro articolo significa soltanto che la donna francese che sposa uno straniero perde la sua qualità di francese.

Secondo le leggi inglesi la donna straniera che sposa un inglese non diventa inglese, e viceversa la donna inglese che sposa uno straniero resta tuttavia inglese. Così dalla disposizione del nostro art. 19 [22 e 23], confrontata con la legge inglese, risulta che la donna francese che sposa un inglese cessa di essere francese, senza diventare inglese, ed in conseguenza più non appartiene ad alcuna nazione; mentre per lo risultato di questa stessa legge inglese, combinata col suddetto art. 19 [22 e 23], la donna inglese che sposa un francese rimane inglese e diventa francese in pari tempo, in guisa che ha due patrie.

È inutile dire che, in questa contraddizione di vedute tra la legge francese e la legge inglese, la nostra è quella che mostrasi più sava e più ragionevole; imperocchè essa consacra quella idea del cristianesimo, sì vera e

(1) L'articolo 19 del codice civile si è tra noi diviso negli articoli 22 e 23 delle leggi civili, che e quello corrispondono (Nota del traduttore).

si naturale, si bella e si profonda, che la donna è come l'accessorio e il compimento dell'uomo, *adjutorium simile sibi*, destinata a formare con lui un sol tutto, un essere solo, sino a tal punto incompleto, *duo in carne una*. Vedremo nel nostro codice, al titolo del *contratto di matrimonio*, art. 1392 [1316] e seguenti, consacrarsi ancora quest'idea, quanto ai beni de' coniugi, adottando per diritto comune la regola della comunione (1).

II.—Secondo questo articolo bisognerebbe altresì dire che la qualità di francese si estingue per la donna il cui marito, francese al tempo del suo matrimonio, in seguito perda questa qualità per uno de' motivi indicati nell'art. 17 [20]? Da Zachariae rispondesi affermativamente (1, p. 328, nota 7); ma noi non sapremmo ammettere questa opinione. Nel caso del nostro articolo si tratta di una donna che volontariamente si marita con uno straniero; al contrario nella proposta ipotesi la donna ha sposato un francese, ed accompagnando in seguito il proprio marito in paese straniero essa non ha certamente provato che rinunziava alla sua patria; essa non fa che compiere un dovere; dovere imposto dalla medesima legge francese nell'art. 214 [203], ingiungendole di *abitare col proprio marito e di seguirlo dovunque*. Con ragione adunque gli autori e gli arresti dichiarano che la donna in tal caso continua ad essere francese (2).

Del resto ci sembra chiaro che il beneficio accordato dal nostro articolo alla donna ritornata libera per la morte del proprio marito appartiene perimenti a quella che è divenuta libera col divorzio legalmente pronunziato in paese straniero (3): solo il suo matrimonio le impedisce di essere francese; ma può quindi essere francese dal momento che più non sarà donna maritata (4).

20 [24].—Gli individui che riacquisteranno ne' casi contemplati dagli art. 10, 18, e 19, [12 e 15, 21, 22 e 23] la qualità di francesi, non potranno valersene se non dopo avere adempite le condizioni prescritte da questi articoli, e solamente per lo esercizio de' diritti che si sono verificati in loro vantaggio dopo tale epoca.

(1) I nostri costumi al contrario han consigliato al legislatore di proclamare la regola dettata come di diritto comune, ritenendo quella della comunione come eccezionale, siccome vedremo a proprio luogo (*Nota del traduttore*).

(2) Maleville, Delvincourt, Duranton (I. 189). Coin-Delisle (n. 2, Valette (sopra Proudhon, I, p. 120); Parigi, 21 luglio 1818; Parigi, 7 agosto 1840. — *Giorn. del Pul.*, 1840, I, 2, p. 747.

(3) Ciò che dice l'autore pel caso del divorzio legalmente pronunziato in paese straniero non è per

I. — Già è noto che la disposizione di quest'articolo fu motivata dal desiderio di far cessare la controversia che altra volta esisteva sul punto di sapere se gl'individui dei quali è questione non dovessero riacquistare questo titolo di francesi retroattivamente, o a cominciare dal medesimo giorno in che fu perduto.

Si ricorda ugualmente che il nostro articolo presenta un argomento decisivo contra la dottrina di Toullier, il quale attribuisce al figlio straniero nato in Francia, e che adempia alle formalità dell'art. 9 [11], la qualità di francese a cominciare dal giorno della sua stessa nascita. Difatti questo figlio straniero è riguardato dalla legge meno favorevolmente di quello nato da un ex-francese, di cui parla l'art. 10 [12 e 13], poichè a lui non si permette se non nell'anno della sua maggiore età ciò che a questo è permesso in qualunque epoca; ma quest'ultimo, secondo il nostro articolo, non diventa egli stesso francese che per l'avvenire; dunque a più forte ragione lo stesso dev'essere dell'altro.

21 [25]. — Il francese che senza autorizzazione del governo entrasse al servizio militare di potenza straniera, o si aggregasse ad una corporazione militare straniera, perderà la qualità di francese (5).

Non potrà rientrare in Francia senza la permissione del governo, e non riacquisterà la qualità di francese, se non dopo avere adempite le condizioni prescritte allo straniero per divenire cittadino; restando però in vigore le pene stabilite dalle leggi criminali contra i francesi che hanno portato o porteranno le armi contro la patria.

I. — Il primo comma di quest'articolo espongono il quinto ed ultimo modo di perdere la qualità di francese. Quest'articolo, come si vede, tratta rigorosamente il francese che ha cessato di esserlo per le cagioni che esso prevede. Questo francese non può recuperare la sua antica qualità che col mezzo offerto allo straniero che brami acquistarla, cioè dieci anni di stabile dimora; nè può eziandio, e sotto questo rapporto è trattato più

noi applicabile; perocchè le nostre leggi non riconoscono questo modo di sciogliere il matrimonio, siccome abbiamo già osservato alla nota (3) pag. 40, e nel prossimo ripeteremo (*Nota del traduttore*).

(4) Conf. Demolombe (I. 170); Lione, 11 maggio 1833 (Dev., 35, 2, 495).

(5) In quanto alla forma, ai limiti, ed alle condizioni da serbarsi da chi voglia essere autorizzato dal governo per entrare al servizio di potenza straniera, vedasi la legge del 8 marzo 1826 (*Nota del traduttore*).

sfavorevolmente dello straniero, rientrare nel territorio francese senza la permissione del governo.

II. — Si è domandato, se durante i dieci anni di stabile dimora questo antico francese possa, come lo straniero, avere almeno il godimento de' diritti civili; e taluni giuriconsulti hanno risposto negativamente, fondandosi sul principio ch'egli è trattato più sfavorevolmente dello straniero, e realmente trovasi in uno stato di punizione.

Nol non sapremmo adottare questa decisione. Tale francese è trattato, è vero, più sfavorevolmente dello straniero sotto il rapporto di rientrare in Francia, ma nulla ci autorizza a dire che il mezzo non debb'essere lo stesso per diventare nuovamente francese. Si aggiunge ch'egli è in uno stato di punizione; ciò è vero altresì, ma precisamente perchè si tratta di punizione uopo è bene di non darle tanta estensione. Ora il nostro testo non dice certamente che durante i dieci anni di stabile dimora non potrà godere de' diritti civili; sembra anche voler fare intendere il contrario, imperocchè esso dice che diverrà francese dopo avere adempite le condizioni prescritte allo straniero; ma queste condizioni sono dieci anni di stabile dimora con possibilità di godere i dritti civili.

III. — Due decreti posteriori al codice civile apportarono grandi modificazioni alle disposizioni che abbiamo spiegato in questa sezione.

Secondo il primo di questi decreti, in data del 6 aprile 1809, ogni francese che abbia portato le armi contro la patria è soggetto alla pena di morte, e colui, autorizzato o pur no a prestar servizio allo straniero, che non sarà ritornato in Francia all'ordine di richiamo, è considerato siccome avesse portato le armi contro la sua patria. Ne' casi ancora in cui quest'ultimo non è considerato come tale, tuttavia egli è soggetto alla morte civile,

i cui effetti saranno spiegati sotto l'articolo 25 (1).

Un secondo decreto del 26 agosto 1811 dichiara civilmente morto il francese il quale senza autorizzazione siasi fatto naturalizzare in paese estero, o abbia accettato impieghi pubblici stranieri.

Questi due decreti sono essi ancora in vigore?

Gravi considerazioni ci avevano fatto prima adottare la negativa; ma da ultimo, siccome secondo la costituzione dell'anno VIII (art. 21, 37 e 41) i decreti affetti d'incostituzionalità divenivano obbligatori quando non erano impugnati tra dieci giorni dalla loro promulgazione, e niun atto legislativo ha pronunziato l'abrogazione de' detti due decreti, ci sembra necessario di ammettere che questi due decreti, per quanto siano esorbitanti nel diritto comune, sono sempre obbligatori in tutte quelle loro disposizioni che non si trovano incompatibili con qualche legge posteriore. Ciò è quanto dicono la maggior parte degli autori e si è stabilito dalla costante giurisprudenza della corte di cassazione (2).

SEZIONE II.

Della privazione de' diritti civili in conseguenza di condanne giudiziali.

Per effetto di condanne si può essere privato in tutto o in parte soltanto de' diritti civili. La totale privazione de' diritti civili chiamasi *morte civile*, ed è la sola di che tratta la presente sezione. In fine della medesima però noi aggiungeremo qualche parola sulla privazione parziale (3).

22 [26]. Le condanne a quelle pene, il cui effetto è di privare il condannato di ogni partecipazione ai diritti civili in seguito espressi, apporteranno la morte civile (4).

(1) La disposizione dell'articolo sr citato dall'autore è stata espressa delle nostre leggi civili, non essendo stata annessa alla morte civile o alla nostra legislazione, come ora vedremo. (Nota del traduttore).

(2) Vedi Morin (Rep. v. francese, § 1), Delvincour, Duranton (t. n. 178 e seg.) Pontari (t. p. 183). Dalloz (v. dr. civ. e polit.) Zachariae (t. p. 329); e fra gli altri arresti della corte suprema: 27 maggio 1819; 13 febb. 1827; 29 marzo 1828; 3 gen. 1829; 8 apr. 1831; 1 settem. 1832 (Dell., 19, 815; 27, 137; 28, 183; 29, 100; 31, 171; 32, 23 ec.).

(3) La morte civile presso di noi è abolita; non pertanto la maggior parte de' suoi effetti è stata conservata per la pena dell'ergastolo. Infatti l'art. 16 delle nostre leggi penali prescrive quanto segue: « Il condannato all'ergastolo perde la proprietà di tutti i beni che possedeva; la sua successione è aperta a vantaggio de' suoi eredi come se egli fosse morto senza testamento, non potendo più disporre nè per atto tra vivi, nè per testamento di tutto o parte de' suoi beni.

Non può neanche acquistare nè per atto tra vivi nè per causa di morte. Tuttavia la legge lo considera come mezzo ed organo per potere i di lui discendenti conseguire i diritti successori ed i condizionali che si verificassero a suo favore. — Non può stare in giudizio civile, nè per domandare, nè per difendersi altrimenti che sotto il nome e col ministero di un curatore nominato specialmente da quel tribunale ove l'azione è introdotta. — Il tribunale civile può obbligare i di lui eredi a somministrargli qualche sovvenzione a titolo di alimenti, i quali debbono limitarsi ad un piccolo sollievo. » (Nota del traduttore).

(4) L'art. 22 del codice francese per noi si è riformato col nostro articolo 26 ne' seguenti termini: *L'esercizio de' dritti civili si perde per effetto di condanna a quelle pene che ne producono la privazione in tutto, o in parte. La morte civile, di cui fa parola l'articolo 22 del codice francese è scomparsa da tutte le parti del nostro codice, se non che alcuni degli effetti di essa sono stati tra noi ritenuti nella pena dell'inter-*

SOMMARIO.

- I. De che risulta la morte civile.
 II. La attiva redazione dell'articolo ci manifesta ancora un'idea importante.
 III. La morte civile non è che una pena accessoria.

I. — Quest'articolo ci insegna che la morte civile non ha luogo che nel caso di condanna ad una determinata pena, e come conseguenza di siffatta condanna; che per tal ragione essa di per sé stessa non può formare oggetto diretto di una condanna, ed essere pronunziata come pena principale. In effetti l'articolo ci dice: *Le condanne a quelle pene, il cui.... apporteranno la morte civile.* Così non si condanna alla morte civile; si condanna alla tale o tal altra pena, ed è la condanna alla detta determinata pena che conseguentemente apporta la morte civile.

L'articolo ha ancora per scopo di farci comprendere quali siano le condanne che debbono apportare morte civile. Ma quel che dice sotto questo rapporto è del tutto insignificante; imperciocché la sua risposta non si può comprendere che dal confronto del detto articolo con l'art. 25 (1), al quale implicitamente rinvia con le parole in *seguito espressi*. Ora il confronto di questi due articoli mena ad una strana proposizione!

Infatti il nostro articolo viene a dire: *Una condanna apporterà morte civile quando... ha per effetto la privazione di cui parla l'art. 25 (2).* Ora quest'ultimo articolo non fa che spiegare qual sia la privazione che risulta dalla morte civile, poichè dice: *per la morte civile, il condannato perde...* in altri termini: *gli effetti della morte civile sono...* E dunque come se il nostro articolo dicesse: *Una condanna apporterà morte civile, quando... avrà per effetto la privazione, che è l'effetto della morte civile;* cioè che vi sarà morte civile quando vi sarà morte civile.

Fortunatamente la sola redazione è confusa, ed il pensiero del legislatore chiaramente apparisce. Questo madornale difetto non c'impedirà di ben intendere, per mezzo degli articoli 22 [26], 23, 24, e 25 (3), ciò che è la morte civile, quand'essa ha luogo, e quali effetti produce.

II. — Del rimanente la redazione di que-

dizio perpetuo che accompagna la condanna all'ergastolo, come nella precedente nota si è detto. Infatti, ad eccezione di quelli che riguardano il matrimonio, e che non convenivano coi principi della cattolica religione, e con quelli adottati dalle nostre leggi civili relativamente a questo contratto, tutti gli altri effetti presso a poco sono gli stessi pel condannato all'ergastolo. Tra noi dunque il solo condannato all'ergastolo può dirsi in certo modo morto civilemente (Nota del traduttore).

(1) Vedi la nota precedente (Nota del traduttore).

(2) La disposizione dell'art. 25 del codice francese

st'articolo ci rivela pel suo medesimo vizio un'idea che spesso è rimasta non compresa, e che intanto è importante d'intendere, come l'osserveremo sotto l'art. 25 (4); ed è che la morte civile non apporta assoluta privazione di tutti i diritti civili. Se nella mente del legislatore la morte civile fosse stata la totale privazione de' diritti civili, non avrebbe commesso il vizio di redazione che abbiamo fatto notare, e che risulta dal rinvio all'art. 25 (5); imperciocché non vi sarebbe stato bisogno di fare tale rinvio. Egli avrebbe detto, sopprimendo le parole in *seguito espressi*: *Le condanne il cui effetto è di privare di ogni partecipazione ai diritti civili apporteranno morte civile.* Ma il legislatore non si poteva così esprimere. In qualunque caso un condannato non è mai privato di tutti i diritti civili; egli ne è privato di quasi tutti nel caso della morte civile, ma non di tutti assolutamente; tra i diritti civili gli rimangono quelli che sono relativi alla sua naturale esistenza.

Ecco perchè il legislatore ha parlato non assolutamente della *privazione de' diritti civili*, ma con restrizione della *privazione dei diritti civili in seguito espressi*.

Così questa proposizione, in tal modo usata, e che anche noi adopereremo, che *la morte civile è la totale privazione de' diritti civili*, non dev'essere presa alla parola, non essendo a rigore esatta.

III. — Bisogna parimenti intendere con prudenza quest'altra proposizione da tutti riprodotta, cioè che *la morte civile non è una pena*. Questa non è, anche noi l'abbiamo detto, una pena principale, una pena che possa pronunziarsi, e formare oggetto diretto di una condanna; ma è l'accessorio legale di una pena, o meglio della condanna ad una pena; uno stato che risulta secondariamente e di pieno diritto da tale o tal altra condanna criminale. Ma questo stato non è meno una punizione, questo accessorio non è meno una pena, ed una enorme pena, come l'osserveremo sotto l'art. 25 (6).

Del rimanente la morte civile è una pena accessoria soltanto giusta i principi della nostra vigente legislazione; nulla impedirebbe che una legge venisse a collocarla nel numero delle pene principali. Questo han fatto dopo

è stata soppressa nelle nostre leggi civili, come già si è osservato nella nota (1) pag. preced. (Nota del traduttore).

(3) La disposizione del primo de' citati articoli è stata riformata coll'art. 26 delle nostre leggi, come già si è visto nella nota (4) pag. preced. Quelle degli altri tre sono state soppresse nelle dette leggi. (Nota del traduttore).

(4) Soppresso nelle nostre leggi, come si è visto con la nota precedente (Nota del traduttore).

(5) Vedi la nota precedente (Nota del traduttore).

(6) Vedi la nota precedente (Nota del traduttore).

il codice i due decreti del 1809 e 1811, di cui parliamo sotto il precedente articolo.

23. — La condanna alla morte naturale apporterà la morte civile (1).

1. — Non si vede abbastanza a primo aspetto qual possa essere l'utilità di questo articolo. A che pro dire che si riguarderà come morto sotto il rapporto legale, e civilmente parlando, colui che lo è realmente e naturalmente? Da principio si potrebbe credere che questa è un'idea di pura teoria senz'alcuna efficacia pratica: ma sarebbe un errore. La morte civile, che la condanna in tal caso trae seco, non è una inutile agguizione alla medesima.

Difatti, 1.° è ben vero che secondo gli articoli 26 e 27 [29 e 30 (2)] la morte civile non s'incorre giammai prima dell'esecuzione della condanna; ma nelle condanne contraddittorie

s'incorre per il fatto della esecuzione, anche in effigie, secondo l'art. 26 [29 (3)]; in guisa che, se l'individuo contraddittoriamente condannato (cioè presente e che possa contraddire l'accusa, *reo contradicente*) venga a fuggire dopo la condanna, si troverà colpito dalla morte civile mentre è tuttora naturalmente vivo (4);

2.° Nelle condanne in contumacia, cioè proferite in assenza dell'accusato, la morte civile essendo incorsa dal trascorrere di cinque anni dopo l'esecuzione in effigie, secondo l'art. 27 [30 (5)], in queste ancora il condannato potrà essere colpito dalla morte civile durante la sua naturale esistenza;

3.° Finalmente anche nel caso di una reale esecuzione la morte civile, che colpirà il condannato nel tempo stesso che la morte naturale, produrrà un importante effetto, poichè, ai termini del primo comma dell'art. 25 (6), essa gli impedirà di lasciare un testamento valido (7).

(1) Questo articolo non ha il corrispondente nelle nostre leggi civili, perchè, come abbiamo già fatto osservare, presso di noi non esiste la morte civile. (Nota del traduttore).

(2) Da tali articoli sono stati modificati gli articoli francesi delle nostre leggi, come vedremo alorchè passeremo ad occuparcene. (Nota del traduttore).

(3) Per ciò che riguarda l'esecuzione in effigie veggasi la nostra nota (2) pag. 104 sotto l'art. 26, cui corrisponde il nostro art. 29, modificato nel senso delle nostre leggi. (Nota del traduttore).

(4) Circa gli effetti delle condanne nelle nostre leggi civili si trovano aggiunte due disposizioni che mancano nel codice francese, e sono quelle degli art. 27 e 28, così correpti: — Art. 27 « Nelle materie correctionali la sentenza esprimerà nominatamente i diritti di cui dovrà produrre la decadenza; questa non sarà pronunciata, che ne' casi ne quali s'è espressamente determinata o autorizzata dalla legge. » — Art. 28 « Nelle materie criminali la condanna ad una determinata pena produrrà ipso jure la privazione di quei diritti che la legge ha determinato. » (Nota del traduttore).

(5) V. la nota (2) di questa pag. (Nota del traduttore).

(6) Soppressa nelle nostre leggi. (Nota del traduttore).

(7) Presso di noi la condanna alla morte naturale non producendo la morte civile, si è fatta questione se il condannato a morte abbia la capacità di testare. La g. c. civile di Napoli in prima camera e la suprema corte di giustizia qui pure sedente uniformemente pronunziarono che un condannato a morte non perde la capacità di testare, e che un testamento da lui in qualunque tempo fatto deve produrre il suo effetto. Diede luogo a siffatta disputa la causa della successione del canonico D. Antonio Maria de Luca, condannato a morte per reato politico, tra gli eredi del sangue, che sostenevano la nullità del testamento, ed il canonico D. Bonagio Giasia erede testamentario. Crediamo utile di qui riportare le considerazioni della nostra corte suprema di giustizia intorno a così grave disputa:

« Quistion. — 1.° Esiste nel dritto presso noi vigente una disposizione che testamento dichiarò incapace a far testamento l'uomo reprobato, che sia stato condannato a subire la pena della morte naturale?

« 2.° Nella negativa l'incapacità di disporre del

Marcardé T. I.

condannato può intendersi disposta per induzioni o per congetture: in altri termini è dato di raccoglierci dal metodo d'interpretar le leggi ciò assurdo?

« Su la prima questione — « La corte suprema preliminarmente osserva non esser disputabile che innanzi di accadere l'occupazione militare francese: la romana legislazione come in quasi tutta l'Europa non escludeva in questo regno era ricevuta per aver forza come dritto comune lo mancava, e subordinatamente a quelle modificazioni che erano sanzionate dalle leggi speciali da tempo in tempo emanate, e dalle consuetudini.

« Che per le più antiche massime di questo dritto il condannato a pena capitale insieme alla libertà ed alla cittadinanza perdesse la proprietà de' suoi beni, i quali erano pubblici, e con essa perdesse la facoltà di disporre per testamento (leg. 8. *qui testam. fac. poss.*).

« Che oodimento il rigore fu gradatamente temperato col dritto nuovo e novissimo, poichè prima una legge di Teodosio sottrasse alla pubblicazione una metà de' beni del condannato per attribuirli ai di lui figliuoli, (leg. 10. *cod. de bon. proscript.*), e dipoi, abolita affatto la servitù di pena, fu antiquata pure la confiscazione de' beni in favore de' discendenti del condannato, degli ascendenti, e de' collaterali fino al terzo grado (auth. *bona, cod. de bon. proscript.*, novell. 17, cap. 12., nov. 22. cap. 8., nov. 134. cap. ult.).

« E che ne' tempi posteriori, richiamato lo uso il dritto romano, le opinioni furono diverse intorno alla fazione del testamento, e non mancarono molte regioni che ritennero l'assolutiva, come specialmente avvenne in questo regno, dove, per quanto si fosse disputato nelle scuole e nel foro, per la massima adottata dal S. B. C. in frequenti sue decisioni si fu per la fermezza de' testamenti. Di questo uso di giudicare del S. B. C. ne è competente testimone il giureconsulto Carlo Antonio de' Riosa.

« Osserva che talora la nostra ricevuta giurisprudenza nel 1809 allorchè andò soggetta alla riforma portata dal dritto francese, che prese posto come legge in vigore anche in queste regioni.

« Che veramente in quel codice era sanzionato il principio dell'incapacità di testare nel condannato a pena capitale.

« Che l'incapacità si roles come un effetto fatale

24. — Le altre pene affittive perpetue non producono la morte civile, se non quando la

della pena, perciocchè alla condanna di morte era attribuito il potere di produrre inevitabilmente la morte civile, come il corpo produce l'ombra; ed era per tal ragione disposto che il condannato perdeva la proprietà de' suoi beni, e che questi, aperta la successione di lui, ai legittimi eredi si dovevano, come fosse già mancato naturalmente senza testamento (art. 23 e 25 del cod. abol.).

« E che era dato alla condanna in giudizio contraddittorio di produrre la morte civile dal giorno della esecuzione tanto reale che in effigie, siccome alla condanna in giudizio contumaciale era dato di produrla dopo cinque anni dalla esecuzione in effigie (art. 26 e 27 d. codice).

« Osserva di aver que' codici, tosto che fu possibile, ceduto il posto al proprio codice sanzionato pel regno delle due Sicilie, nel quale il concetto della morte civile non appare riprodotto;

« Che si vuole invece adottata una massima esclusiva della morte civile, che cioè la condanna ad una determinata pena produce *ipso jure* la privazione di quei diritti che la legge ha determinati, (art. 28 leggi civili).

« Che d'altronde non appare determinato che la pena di morte porti tra i suoi effetti anche quello di privare il condannato del diritto di far testamento.

« Che però con adeguato criterio i giudici del merito hanno attinto da tal circostanza per definire la questione proposta della validità del testamento dell'uomo condannato a morte, trovando il codice posteriore manifesta riprovaione de' principi che nel precedente aveva consigliato la rigorosa misura della morte civile.

« E che, lungi di potersi spiegare il silenzio delle nuove leggi col concetto di essersi voluto rinvocare una anacronistica, si ravviela piuttosto l'idea del ritorno alla legislazione indigena del regno, conservata fino all'anno 1809, e del congiungimento delle due epoche, abbandonato il tempo intermedio al rifilo ed alla riprovazione.

« Osserva che innanzi volessi raccogliere la sanzione espressa della incapacità di testare dall'articolo 29 delle leggi civili.

« Che questo appalesa sibi bene al principio del differimento della privazione de' diritti civili al giorno della esecuzione delle condanne proferite in contraddittorio; ciò però non in senso generale di tutti i diritti civili, ma di quelli che la legge ha determinata, secondo la massima proclamata nel precedente articolo 28.

« E che d'altronde l'esecuzione della pena di morte, esclusa la fittizia, che non appare ritenuta, involge la cessazione di fatto della vita, e quindi non può concepirsi avvenuta se non dopo quell'impercettibile istante nel quale si compie la perfezione del testamento;

« Ond'è che sotto amendue i dinotati rapporti mai si pretende stabilito la incapacità di testare nel citato art. 29.

« Osserva che con minor fondamento si ricorre all'articolo 52 delle leggi penali, del quale l'unico scopo è di favorire il condannato in ciò che non debba esser pregiudicato dalla mora nella esecuzione di una condanna a pena temporanea.

« Che però tal disposizione mai si convertirebbe in odio ed in danno del condannato, ritenendolo per morto anche prima della esecuzione della condanna, e ciò in contraddizione manifesta dello stesso articolo 29 delle leggi civili testè menovato.

« E che manca dell'opportuna serietà del concetto chi assai la pena di morte ad altre pene che ammettono progressione di tempo, e che cominciano ad espi-

si in un tempo per terminare in un altro: l'esecuzione della pena di morte non riconosce intervallo; comincia e termina in un istante solo, unico, indivisibile.

« Osserva infine che ancor meno si prestano gli art. 466 e 473 leggi di procedura penale a stabilire testualmente nel condannato a morte la incapacità di far testamento.

« Che infatti l'annotazione all'albo de' rei assenti tratta di sospensali ed interdizii provvisoriamente negli effetti dell'assenza soltanto, e da cessare tosto che l'iscritto diviene presente al giudizio (detto art. 466).

« Che nondimeno l'interdizione non eccede la facoltà di fare gli atti legittimi, capaci di produrre obbligazioni, ne quali il testamento non trova luogo (detto art. 466, num. 2).

« E che negli e-tremi stadi del giudizio contumaciale è proclamata universalmente la massima: la sentenza sarà eseguita per gli effetti civili a termini delle leggi penali, art. 473. Ciò che rimuove l'idea di potersi da questi articoli raccogliere distinzione relativa alla materia di che si tratta.

« Sulla seconda. — Osserva che è non proprio dell'importanza della presente discussione il ricercar la natura della incapacità di testare, e come appartenga essa alla scala delle pene: in altri termini, se essa sia una pena ovvero un effetto, una conseguenza di altra pena principale.

« Che in verità tutte le pene si traducono in perdita di diritti, sotto il qual rapporto la perdita del diritto di testare non è che una pena.

« Che in questo aspetto debbe trovarsi pronunciata dalla legge prima di commettersi il reato (art. 60 leggi penali).

« Che debbe essere nella condanna, e pena di nullità, trascritto il testo della legge, sulla quale la decisione è fondata (art. 294 leggi di procedura penale).

« Che non sia quindi permesso di ritenere nel silenzio della legge, ed applicarla nella decisione senza poter trascrivere il testo della legge, che non esiste.

« Osserva per altro lato, che se l'incapacità di testare fosse l'effetto e la conseguenza di altra pena principale pur dovrebbe questo effetto rinversi nel solo caso che la legge lo avesse determinato (art. 28 leggi civili).

« Che nel silenzio della legge non può certo trovarsi la sua espressa determinazione.

« Che mai si sostiene di esser dato nel silenzio di addare incontro alla volontà del legislatore coo la guida di ciò che trova- si da lui stabilito in circostanze identiche, e vieppiù nel concorso di motivi anche meno urgenti.

« E che anzi nella materia delle pene, la quale offre la parte più odiosa delle leggi, non è solo incurato ed imposto di adottare la più mite delle opinioni possibili, ma si debbe intendersi vietato in ogni modo di riconoscere e di applicare con la guida dell'interpretazione quelle pene che non siano state pronunziate dalla legge testualmente prima che il reato fosse stato commesso, o gli effetti di esse che del pari non siano stati dalla legge espressamente determinati.

« Osserva che il silenzio della legge volessi almeno espressivo ove si tratti di conservar principi di legislazione già ricevuti, non d'innovarli.

« Che però questa massima, vera talvolta, equivoca in molti rincontri, nella materia soggetta è assolutamente fallace, perchè ne manca la base, sia che il silenzio ai rapporti ai codici francesi immediatamente precedente, sia che ai ravvisi alla più antica giurisprudenza ricevuta nel regno.

« Che nel primo rapporto il silenzio va congiunto

legge vi avrà attribuito questo effetto (1).

SOMMARIO.

I. Oggidì vi sono tre pene afflittive perpetue; tutte tre producono morte civile.

II. La detenzione, che il condannato alla deportazione provvisoriamente subisce, produce parimenti la morte civile, dopo il 1832.

III. La ragione della morte civile trovata non nella pena ma nella condanna alla pena. Errore di Delvincourt.

I.—La morte civile, avendo per risultamento di far considerare colui che ne è colpito qual morto agli occhi della legge, ed in conseguenza producendo irrevocabili effetti, non doveva esser congiunta ad una pena temporanea.

Ora nel 1804, allorchè fu redatto il nostro codice civile, altra pena perpetua non esisteva in Francia se non la morte; il legislatore dunque non poteva unire la morte civile che alla pena della morte naturale, salvo a dire che per l'avvenire potrebb'essere unita ad altre pene, purchè fossero afflittive e perpetue.

Difatti nel 1810, all'epoca della compilazione del codice penale, si crearono due nuove pene perpetue, e furono i lavori forzati a vita e la deportazione (2), e si dichiarò che ciascuna di esse apporterebbe la morte civile, come osservasi nell'art. 18 del codice penale (3). Noi dunque abbiamo in tutto tre pene la condanna alle quali produce la morte civile (4).

con la privazione de' principi della legislazione abolita, la quale si manifesta fino a l'evdenza dalla cessazione della teoria della morte civile.

« Che nell'altro caso senza grave errore si sostiene di non essere stata nelle antiche usanze del regno a quella giurisprudenza del S. R. C. riconosciuta ed ammessa la validità del testamento del condannato a morte.

« Ood'è che nel primo aspetto il silenzio nulla conchiude al concetto della conservazione de' principi, che appaiono manifestamente proscritti, e nel secondo, imbattonosi in oppositi principi, e non osservarli, diviene contraddittorio nel senso opposto a quell'argomento, che è stato men ponderatamente ubbidito.

« Osserva intanto che, astrazione fatta dalla incompetenza degli argomenti racolti dall'identico, innanzi al ritorno agli assenti, che si van frugando nel passaggio dalla pena di morte a quella dell'ergastolo, o a vicenda da questa a quella.

« Cho di questi assurdi bene ed opportunamente i giudici di merito hanno vagliato l'insistenza.

« Cho in qualunque caso deve stare inalterabilmente il principio di non potersi inferire dagli giudici sulla sorte del delinquente, di non potersi attribuire alla pena espressa un effetto dalla legge non determinato.

« E che il principio medesimo si appalesa evidente in diverse sezioni del codice vigente, come negli articoli 8, 638, ed 819 leggi civili, ne quali sono sanzionate le massimo che le successioni non altrimenti si aprono se non per morte naturale o per condanna; pertanto la privazione de' diritti civili; che qualunque persona può disporre per testamento, eccettuate quelle che sono dalla legge dichiarate incapaci; o che

In quanto alla qualità afflittiva, che il nostro articolo parimenti richiede, non si sarebbe potuto facilmente definirla pria della revisione che nel 1832 fu fatta del codice penale del 1810. Difatti non si possono definire e distinguere le pene afflittive se non dicendo che esse sono quelle che affliggono il corpo, il fisico del condannato, come la morte, i lavori forzati, la deportazione in un luogo da cui non possa uscire, la reclusione ec.; a differenza dell'esilio e della degradazione civica, nelle quali verun rigore non è esercitato sul corpo. Ora prima del 1832 questa definizione non sarebbe stata d'accordo con la teoria del codice penale, di cui l'art. 8 offriva come pena non afflittiva la gogna, sebbene la stessa affliggeva il fisico del condannato. Bisognava dunque allora contentarsi, come faceva il codice penale, di enumerare le pene afflittive in vece di definirle (5). Oggidì nulla più impedisce di accettare la definizione data innanzi, atteso che dopo il 1832 la gogna fu soppressa come pena propriamente detta; la gogna ora più non esiste che come accessorio di alcune pene sotto il nome di esposizione (6).

II.—Secondo l'art. 17 del codice penale la deportazione consiste nell'essere trasportato e nel dimorare perpetuamente in un determinato luogo fuori del territorio continentale della repubblica; ma, siccome la Francia non ha finora avuto un luogo di deportazione,

le leggi le quali restringono il libero esercizio de' diritti del cittadino, e che formano eccezione alla regola generali o ad altre leggi, non si estendono ai di là di casi a tempi in esso espressi.

Per questi motivi la corte suprema rigettò il rinvio (Nota del traduttore).

(1) La disposizione di questo articolo è stata soppressa nelle nostre leggi civili. (Nota del traduttore).

(2) Presso di noi non vi è altra pena perpetua oltre l'ergastolo: la pena de' lavori forzati, ovvero la pena de' ferri, siccome è denominata nelle nostre leggi penali art. 3 num. 3, non può oltrepassare i trent'anni, cui si estende il massimo del suo quarto grado (art. 9 il cit.); la deportazione non si legge poi nella scala delle pene stabilite dalle dette leggi. (Nota del traduttore).

(3) Le nostre leggi penali non corrispondono per niente al codice penale francese; quindi è che non abbiamo corrispondenza per gli articoli citati dall'autore. (Nota del traduttore).

(4) Veggasi quanto si è detto su tal proposito nelle nostre note (3 e 4) pag. 87. (Nota del traduttore).

(5) La discussione che fa l'autore mette in rapporto nella distinzione che fa l'art. 6 del codice penale francese tra la pena afflittiva ed infamante e quelle solo infamanti: torna però inutile per noi ante il sovrano dettato dell'art. 1 secondo comma delle nostre leggi penali, che dichiara nessuna pena essere infamante; quindi cessa l'oggetto della distinzione per cui si afflitta l'autore. (Nota del traduttore).

(6) La gogna, o berlina, presso di noi non esiste ne come pena principale nè come accessorio. (Nota del traduttore).

i condannati a tal pena, finchè questo non sarà stabilito, dovranno secondo questo stesso articolo subire una perpetua detenzione. Or si è domandato se questa sostituzione di pena impedirebbe d'incorrersi nella morte civile... La negativa non potrebbe esser dubbia: era diversamente prima del 1832; durante tutto il periodo di tempo decorso dalla promulgazione del codice penale nel 1810 sino alla sua revisione nel 1832 niun condannato alla deportazione ha potuto essere colpito dalla morte civile; ma dopo siffatta revisione, ogni condanna a deportazione produce morte civile per mezzo della detenzione di cui parla l'art. 17 del codice penale.

Difatti prima del 1832 la legge non avea provveduto alla impossibilità di realmente eseguire la deportazione; essa, nella previdenza del tempo molto lungo che poteva decorrere innanzi che fosse stabilito un luogo per la deportazione, non avea pensato di organizzare un altro modo di esecuzione, provvisorio ma legale. Dunque la detenzione provvisoria, che il governo faceva subire ai condannati, non era certamente allora una esecuzione della condanna; era uno stato di aspettativa, come quello del condannato ai lavori forzati dal giorno della sua condanna sino al giorno in cui parte pel bagno. Così prima del 1832 non eravi mai esecuzione di condanna alla deportazione, e per conseguenza non viera morte civile per questa cagione; poichè, ai termini degli art. 26 e 27 [29 e 30 (1)], la morte civile s'incorre per l'esecuzione, sia reale, sia fittizia.

Ma ciò che non fece il legislatore del 1810 l'ha fatto quello del 1832; oggidì la detenzione del condannato è, secondo l'ultimo comma dell'art. 17 del codice penale, il modo legale di eseguire la deportazione, del pari che, secondo l'art. 16, una specie d'imprigionamento per le donne è il modo legale di eseguire la condanna ai lavori forzati. Così l'antico articolo 18 del codice penale, dichiarando che la deportazione trae seco la morte civile, permetteva al governo di accordare al condannato l'esercizio de' diritti civili nel

luogo della deportazione, poichè soltanto per lo trasferimento in questo luogo s'incorreva la morte civile; ma nell'articolo attuale si è avuto cura di sopprimere queste parole per autorizzare il governo ad accordare assolutamente siffatto esercizio, e senza che vi sia stata deportazione messa in atto.

Questa soppressione indica abbastanza che nella mente de' redattori la deportazione reale, il trasferimento in un luogo *ad hoc*, non è più necessaria perchè sia incorsa la morte civile. E non solo la detenzione a vita è il modo legale di esecuzione della deportazione, ma anche non vi è altro che questo, ed invano cercherebbesi questa detenzione a vita come pena ordinaria. Il codice penale nella classe delle pene non offre che la *temporanea detenzione* (Ved. art. 7, cod. pen.) (2).

III.— Ed infatti, quando il nostro art. 24 (3) parla di *pena* che producono la morte civile, servesi di una inesatta espressione, come gli art. 29 e 30 [32 e 33 (4)], i quali dopo quello *ripetono* questa stessa espressione. La cagione della morte civile trovasi non già nella pena ma nella condanna alla pena. Perchè la morte civile sia incorsa non è mestieri che la pena pronunziata sia messa in atto, che sia veramente subita dal condannato; basta che vi sia condanna, e che questa condanna sia eseguita in un modo qualunque.

Difatti, secondo l'art. 27 [30 (5)], s'incorre la morte civile nelle condanne in contumacia cinque anni dopo la esecuzione in effigie, ed in conseguenza senza che alcuna pena sia stata subita dal condannato; secondo l'art. 26 [29 (6)] s'incorre nelle condanne contraddittorie nell'istante stesso di questa esecuzione in effigie, ed in conseguenza anche senza che la pena sia subita. Così gli art. 23 [26 (7)], 25 (8), 26 [29 (9)], e 27 [30 (10)] del codice civile e 18 del codice penale ne dicono che la condanna a talune determinate pene produce la morte civile; se negli altri testi si è parlato di *pena* che producono la morte civile è stato per evitare una più lunga e più intralciata locuzione.

E non si potrebbe comprendere come potesse essere altrimenti. Il legislatore, preve-

(1) Il secondo de' nostri articoli, indicati come corrispondenti a quelli del codice francese citati dall'autore, differisce dall'altro di questi ultimi, come vedremo a suo luogo, per essersi abolita l'esecuzione in effigie; il che sarà pure detto alla nota (1) pag. 104. (Nota del traduttore).

(2) Tra le pene temporanee della natura di quelle di cui parla l'autore l'art. 3 delle nostre leggi penali annovera la reclusione e la relegazione, che gli art. 15 e 12 delle citate leggi stabiliscono non poter esser di maggior durata di anni sei ne minore di anni dieci. (Nota del traduttore).

(3) Il detto articolo del codice francese è stato soppresso nelle nostre leggi. (Nota del traduttore).

(4) Gli articoli francesi sono stati rispettivamente

modificati de' nostri che vi corrispondono, come vedremo trattando de' medesimi. (Nota del traduttore).

(5) Veggasi la nota 3) pag. 89. (Nota del traduttore).

(6) Anche quest'articolo nostro ha modificata la disposizione del corrispondente articolo francese, adattandola opportunamente, come vedremo a proprio luogo. (Nota del traduttore).

(7) Veggasi la nota (1) pag. 89 circa le modificazioni subite da quest'articolo. (Nota del traduttore).

(8) Soppresso nelle nostre leggi, come si è detto nella nota 4) pag. 89. (Nota del traduttore).

(9) Modificato de' sensi della nota (1) pag. 104. (Nota del traduttore).

(10) Modificata come trattazione sarà veduto. (Nota del traduttore).

dendo la impossibilità nella quale potevasi trovare di applicare la pena, o per la fuga del condannato, o per ogni altra cagione, dovea guardarsi di mettere nell'applicazione di questa pena la cagione della morte civile; a meno che non avesse desiderato che la sua volontà diventasse spesso illusoria, dovea metterla nella stessa condanna.

Delvincourt adunque dà un'erronea definizione quando dice che « la morte civile è lo stato di una persona, LA QUALE HA SUBITO UNA PENA, che ha per effetto di separarla dalla società. » Si è veduto che molto spesso la morte civile s' incorre senza che alcuna pena sia stata subita.

25. — Con la morte civile il condannato perde la proprietà di tutti i beni che possedeva: la sua successione è aperta a favore de' suoi eredi, ai quali sono devoluti i suoi beni nello stesso modo come se fosse morto naturalmente e senza testamento.

Egli non può raccogliere alcuna successione, nè a questo titolo trasmettere i beni che abbia in seguito acquistati.

Non può disporre de' suoi beni, nè in tutto nè in parte, sia con donazione tra vivi, sia con testamento, nè riceverne per gli stessi titoli se non per causa di alimenti.

Non può essere nominato tutore, nè concorrere agli atti relativi alla tutela.

Non può fare da testimone in un atto solenne o autentico, nè essere ammesso a far testimonianza in giudizio.

Non può stare in giudizio, nè come attore, nè come convenuto, fuori che in nome e col ministero di un curatore speciale, il quale è nominato dal tribunale avanti il quale è stata introdotta l'azione.

È incapace di contrarre matrimonio che possa produrre alcun effetto civile.

Il matrimonio che aveva precedentemente contratto è sciolto in quanto a tutti i suoi effetti civili.

Il coniuge ed i suoi eredi possono rispettivamente esercitare i diritti e le azioni alle quali si farebbe luogo per la sua morte naturale (1).

SOMMARIO.

1. Quest'articolo si riferisce alle due seguenti idee: 1.ª che in principio il condannato è morto agli occhi della legge; 2.ª che intanto

(1) Questo articolo presso di noi è stato tolto perchè riguarda la morte civile, che dal nostro legislatore si è abolita, qualunque ne siano rimasti gli effetti nella condanna all'ergastolo, come innanzi abbiamo osservato alla nota 3) pag. 87; se non che, come appare dall'art. 16 delle leggi penali ivi riferite, le leggi nostre non tendono incapace il condannato all'ergastolo per

conservare ancora quei diritti civili relativi alla sua nascita o alla sua età.

II. Il condannato perde molti altri diritti oltre quelli indicati da quest'articolo.

III. Ma fra gli altri diritti conserva quello di agire in giudizio per sé e per gli alimenti della persona che gliene debbono. — Può ben fare atti anteriori a perdere o dare ipoteca. *Errore di Troplong.*

IV. Il morto civilemente, ancorchè minore, non ha tutore.

V. Colui che all'epoca della morte civile trovavasi celibe non può contrarre matrimonio civilemente. Colui che lo avea contratto vedeva sciolto il suo matrimonio, e l'altro coniuge può contrarre una nuova nozze civili. *Errore di Tassier.* — Al contrario la morale ed il religioso resta valido il matrimonio anteriore alla morte civile, e reciprocamente il celibe morto civilemente può sempre contrarre matrimonio.

VI. Gli articoli 199 a 203 del codice penale sono inapplicabili al condannato che procedesse al matrimonio religioso di un morto civilemente.

VII. Se nel matrimonio contratto da un morto civilemente il coniuge fosse di buona fede il matrimonio produrrebbe i suoi effetti civili per questo coniuge e per figli. *Errore di Merlin e di Zachariae.*

VIII. Nondimeno se il coniuge o i figli potrebbero succedere al morto civilemente; ma ciò avviene solo perchè egli è incapace di trasmettere, e non perchè quelli fossero incapaci di ricevere.

IX. Quanti figli adeguati succederebbero ai parenti del morto civilemente. *Errore di Merlin, Cio Delisle, e Demolombe.*

X. *Errore* credere di Delvincourt, il quale pretende che i medesimi succederebbero non solo ai parenti del loro autore morto civilemente ma ancora alle sue sorelle.

XI. Non è per recipiendità, ma per indignità, che il coniuge attore dichiara nullo il testamento che lascia il condannato, avendo civilmente. *Errore di Delvincourt, Tassier, Duranton, et.*

XII. Confutazione della critica diretta a s'illustre dottrina di Renard; smentimento di questa dottrina di Demolombe.

XIII. Se invece di un testamento nel momento della morte civile esistesse una istituzione testamentaria l'atto resterebbe valido. — *Per più forte ragione la morte civile non influirebbe in sulle opere ora dismesse tra vivi.*

XIV. La morte civile è uno stato, o un modo di essere del condannato, e non la segno dell'abolizione, e la morte è una posizione peggiore di quella di uno scismatico. Ma ciò avviene soltanto se i rapporti del condannato con la società francese, e con uno de' suoi membri,

I. — Questo articolo, il cui valore è molto importante ad intendersi, non offre affatto, come ora vedremo, la completa enumerazione de' diversi diritti di che priva la morte civile; ma intanto dice molto perchè si possa benissimo scorgere il pensiero del legislatore, comprendere perfettamente che cosa sia la morte civile, ed indi completare quello che manca nell'articolo per mezzo di quel che vi è espresso.

Infatti questo articolo riducesi a due idee principali, cioè:

1.ª Che per la morte civile il condannato è realmente separato dalla società, e reputato morto. E ciò risulta dall'essere il suo matrimonio sciolto ed aperta la sua successione; il che d'altronde è indicato dall'espressione medesima di *morte civile*;

2.ª Che, essendogli conservata la vita naturale, la legge vuole benanche proteggerla, e continuare ad occuparsi di lui semplicemente sotto questo rapporto. E ciò risulta

trasmettersi i beni che abbia in seguito acquistati, come si legge nell'articolo francese di cui ora si occupa l'autore; ma anzi lo consideriamo come muzzo ed organo per potere a di lui discendenti conseguire i diritti successori e condizionali che si verificheranno a suo favore. (Nota del traduttore).

dalla facoltà che in lui si riconosce di ricevere le donazioni che gli si facessero a titolo di alimenti, e di farsi rendere giustizia (quantunque sotto il nome di un curatore, il che poco monta) sulle contestazioni che potrebbero sorgere circa i beni che egli acquista durante la morte civile.

Da ciò ne segue che, quando si vorrà sapere se la tale o tal altra facoltà accordata dalla legge civile appartenga o pur no al morto civilmente, basterà indagare se la detta facoltà sia o pur no necessaria al mantenimento della sua naturale esistenza.

Diciamo la tale facoltà accordata dalla legge civile; imperocchè se si trattasse di facoltà che non risultino dal diritto civile, ma garantite dallo stesso diritto naturale, è chiaro che non vi sarebbe quistione, e che esse apparterebbero tutte al condannato. Ma relativamente ai diritti che la sola legge civile gli ha dato, sia creando de' principj che non erano nella legge naturale, sia ampliando quelli che già vi si trovavano, sia finalmente deducendo da questi principj delle conseguenze che la legge naturale non ne traeva; quanto a tutti questi diritti il morto civilmente non ne avrà il godimento se non in quanto siano relativi alla sua esistenza naturale.

II. — Ed è partendo da questo principio, fornitori dallo stesso nostro articolo, che perveniamo a dire che il medesimo articolo non ne dà il quadro compiuto de' diritti de' quali priva la morte civile.

Così, sebbene la paterna potestà non sia formalmente tolta al condannato dal nostro articolo, come il potere maritale ed il titolo stesso di marito, è chiaro nondimeno che perderà ancora questa potestà ed il titolo di padre; imperciocchè la potestà paterna, tal quale è organizzata, è un beneficio della legge civile; essa dunque è stata infranta dal giorno che il condannato fu colpito di morte agli occhi di questa legge; d'altra banda non vi è in essa nulla di necessario per la conservazione della sua esistenza. Il suo consenso non sarebbe dunque richiesto pel matrimonio dei suoi figli minori, poichè, oltre il non avere più la paterna potestà, egli non può dare un consenso legale, essendo legalmente morto, e non avendo più volontà. Non potrebbe più emancipare i suoi figli, poichè l'emancipazione non è che l'abdicazione della potestà paterna, ed egli più non l'ha.

Certamente egli perde anche il diritto di essere elettore, giurato, e tutti gli altri diritti politici; quello di esercitare alcuna funzione,

alcun ufficio, alcun impiego pubblico, come quello di notaio, di procuratore, di usciere; non potrebbe più essere avvocato nè medico, nè esercitare alcun'altra professione per la quale è necessario di avere un grado in una delle facoltà e di essere membro dell'università. Infatti questi sono de' benefici accordati dalla legge civile, e non già conseguenze del diritto naturale. Il condannato quindi non potrebbe goderne che in quanto sarebbero indispensabili al mantenimento della sua esistenza; ora non è essenziale al mantenimento della sua esistenza di ottenere il tale o tal altro grado, nè di esercitare la tale professione piuttosto che la tal altra.

III. — Ma, secondo lo stesso principio, bisognerà sempre decidere il contrario, quando trattisi di diritti che, sebbene stabiliti dalla legge civile, nondimeno sono relativi alla esistenza naturale del condannato. Così il morto civilmente potrebbe stare in giudizio (beninteso sotto il nome di un curatore, poichè la legge non gli permette di presentarsi nel suo proprio nome) per esigere gli alimenti ai termini e ne' casi degli art. 203 [195], 206 (1), e 207 [196].

Intanto alcuni giureconsulti pretendono il contrario. « Primariamente, dicono, sebbene la facoltà di domandare gli alimenti ai propri congiunti sia fondata in natura, l'azione per reclamationi in giudizio appartiene al diritto civile, ed in conseguenza non può competere a colui che è morto agli occhi della legge civile; inoltre da chi egli reclamerebbe questi alimenti quando è morto agli occhi della legge, ed in conseguenza non ha più parenti? (2) »

Queste due ragioni, come si osserva, sono fondate sopra il principio che il morto civilmente è compiutamente morto agli occhi della legge, e più non può esercitare alcun diritto civile. Però abbiamo già veduto che questo principio è falso quando è adottato senza restrizione, e che alla regola, che il condannato sia morto legalmente parlando, vi ha eccezione per tutto quello che riguarda la vita naturale di costui.

Sidovrà più insistere su questo punto, e somministrare una prova formale di questa eccezione? Ella sorge chiara e manifesta dal terzo e dal sesto comma del nostro articolo. Difatti secondo il terzo comma il morto civilmente per causa di alimenti può ricevere per donazione tra vivi e per testamento; ora, sebbene la facoltà di donare e di ricevere sia di diritto naturale, quella di agire in giudizio e

(1) L'art. 206 del codice fran. ess. è stato soppresso nelle nostre leggi civili (Nota del traduttore).

(2) Abbeche la quistione mossa dall'autore torni inutile per noi, per cui non esiste morte civile, pure dobbiamo osservare che dessa è testualmente risolta

nel senso che l'autore stesso sostiene in quanto al condannato all'ergastolo dall'art. 16 delle nostre leggi penali, ed in quanto al condannato a' ferri dall'art. 17 delle leggi med. sine (Nota del traduttore).

di reclamare, se vi è bisogno, l'intervento della forza pubblica per far eseguire una donazione in forma regolare o un testamento dichiarato valido, è pure certamente un beneficio della legge civile; questi sono sicuramente de' diritti civili. Ebbene! il condannato gode questi diritti: la legge civile ci dice che potrà esercitarli; dunque non è morto sotto tutti i rapporti agli occhi di questa legge civile. Il sesto comma offre un simile argomento. E per certo apparentemente anche un diritto civile quello d'intentare un'azione in giudizio; ebbene! il condannato può farlo sotto il nome di un curatore.

Ed era necessario che fosse così: chi vuole il fine vuole i mezzi; e dal momento che la legge lascia la vita naturale ad una persona è d'uopo pure che ella le lasci quei diritti civili senza i quali non potrebbe conservare questa vita naturale: è d'uopo pure che possa validamente ricevere la donazione di una pensione alimentare che le si fa; che possa farsi pagare coi mezzi che le offre la legge civile da quelli che nel suo traffico sono diventati suoi debitori, ec. . . . Ancora è da osservare che non evvi alcun testo di legge che dica che la morte civile apporti la privazione di tutti i diritti civili. L'art. 22 [26 (1)] dice precisamente il contrario, non parlando che dei diritti civili in seguito espressi, cioè espressi dal nostro art. 25 (2), che formalmente ne lascia molti al condannato; e precisamente perchè l'art. 22 [26 (3)] non voleva dire *privazione di tutti i diritti civili*, spiegandolo, ne abbiamo censurata la redazione viziosa ed intralciata.

Il tribuno Thiersé nel suo rapporto al tribunato (27 frimaio an. X), criticando l'istituzione della morte civile, diceva: « Se la morte naturale è la perdita de' beni e dei mali attaccati alla vita, la morte civile dovrebbe essere anche la perdita di tutti i beni e di tutti i mali che risultano dalle leggi civili. Ma questo non è nè fu mai. Un uomo al quale si lascia la vita per questo solo fatto conserva i mezzi di vivere, in conseguenza la facoltà di lavorare, di comprare, di vendere, di essere chiamato o di chiamare in giudizio ec. ec. Non privando la morte civile di tutti i diritti che risultano dalla legge civile, ma solamente di qualcuno di essi, non si dee adoperare una espressione illimitata quando trattasi di una privazione limitata. »

Che cosa diviene dunque la pretesa regola assoluta: *Egli è morto, dunque?* . . . Bisogna convenire che è inesatta; che il condannato,

anche civilmente parlando, non è morto assolutamente e senza restrizione, e che vi ha eccezione a questa regola pe' diritti civili i quali la sua naturale esistenza reclama il godimento (4).

Un similante errore è insegnato da Trolong, il quale pretende che il morto civilmente non può nè comprare o vendere per atto pubblico (*Vendita*, t. I, n. 175), nè prendere o dare ipoteca (*Ipoteche*, t. II, n. 464 ter.), atteso che in questo fatto vi sarebbe partecipazione al diritto civile, mentre il condannato ne è assolutamente incapace. Ma, come si è osservato, il nostro art. 25 (5) materialmente prova, per così dire, che questa pretesa assoluta incapacità non esiste. E difatti come si potrebbe sostenere che se il morto civilmente venda un immobile non potrà far anche trascrivere per conservare il suo privilegio di venditore? che non potrà fare contratto d'affitto innanzi notaio per assicurarsi le necessarie guarentigie in faccia al suo fittainolo? che non potrà mai dare un mandato autentico e dovrà contentarsi di una procura fatta con scrittura privata, suscettiva sempre di esser contrastata? Certamente queste diverse facoltà appartengono alla classe di quelle necessarie per esercitare un commercio qualunque e per trattare degli affari; adunque esse rimangono al morto civilmente.

Continuiamo adesso, nelle principali questioni che si possono presentare, a far l'applicazione del nostro principio, meglio stabilito e divenuto più chiaro per virtù di questa prima discussione.

IV. — Il morto civilmente essendo effettivamente morto agli occhi della legge per tutto quello che non è relativo alla sua esistenza naturale, è chiaro che se egli è minore non gli si può dare il tutore; poichè la tutela e le sue varie disposizioni non sono di diritto naturale, appartenendo esse unicamente al diritto civile, ed il condannato non ha bisogno di goderne per conservare la propria esistenza.

V. — Seguendo sempre il nostro principio vediamo qual sarà la sorte del matrimonio che contrae un morto civilmente, ed anche di quello già contratto prima che sia incorsa la morte civile.

Sogliono considerarsi, ed infatti bisogna considerare nel matrimonio tre distinti elementi:

1.° Il contratto naturale, che si forma per lo semplice consenso delle parti, e dal quale risultano il vincolo naturale e gli altri effetti naturali;

1

(1) Rif-ornato, giusta la nota (1) pag. 87 (*Nota del traduttore*).

(2) Soppresso, giusta la nota (1) pag. 93 (*Nota del traduttore*).

(3) Vedi la precedente nota (1) di questa pagina

na (*Nota del traduttore*).

(4) Parigi, 18 agosto 1808; Riom 18 febb. 1809.

(5) Soppresso giusta la nota (1) pag. 93 (*Nota del traduttore*).

2° Il sacramento, o matrimonio religioso, istituito dal Divino Redentore dell'umanità, il quale non è che la consacrazione e la santificazione del contratto naturale, e dal quale risultano il vincolo spirituale, o religioso, e gli altri effetti religiosi;

3° Infine il contratto civile, che si forma coll'adempimento delle formalità e condizioni prescritte dal diritto civile, e dal quale derivano il vincolo civile e gli altri effetti civili.

Ora, essendo un legislatore onnipotente ad organizzare come vuole il sistema delle sue leggi civili, potrà a suo piacimento o confondere il contratto civile di matrimonio col contratto naturale, perchè ne segua all'incanto la sorte; o pure separarlo, considerando il matrimonio come contratto unicamente civile, senza tener conto del contratto naturale e de' suoi effetti. Nel primo caso, il contratto civile dovendo seguire in tutto la sorte del contratto naturale, e questo non potendo essere sciolto che con la morte, ne segue che il matrimonio, anche civile, non può essere sciolto nè col divorzio, nè con la morte civile. Nel secondo caso al contrario il matrimonio civile, essendo organizzato separatamente dal contratto naturale, può essere sciolto per qualunque causa voglia il legislatore.

Sotto la legislazione che avesse adottato il primo partito il matrimonio del morto civilmente, contratto sia prima sia dopo la morte civile, sarebbe sempre valido; si potrebbe privarlo di taluni determinati effetti civili, ma tutti non gli si potrebbero togliere; esso necessariamente conserverebbe l'importante effetto di validamente ligare le due parti, e di impedire al coniuge del morto civilmente di maritarsi con un altro. Al contrario sotto la legislazione che avesse abbracciato il secondo sistema, la morte civile annullerebbe tutti gli effetti civili del matrimonio, il vincolo stesso come tutti gli altri; in guisa che il matrimonio, esistendo al tempo della incorsa morte civile, sarebbe civilmente sciolto, e lascerebbe il coniuge del condannato libero di contrarne un altro (ben inteso anche soltanto civilmente).

Ora vediamo qual sia lo spirito del codice civile su tal punto.

Nell'antica giurisprudenza si era seguito il primo sistema. Il contratto civile era unito al contratto naturale, ed era soggetto agli stessi principi; così per la detta giurisprudenza il divorzio non era ammesso, e la morte civile

non scioglieva il matrimonio, anche civile (noi non parliamo che di questo). Quello che il condannato contraeva posteriormente alla morte civile non produceva, è vero, tutti gli effetti civili, ma ne produceva il più importante, vale a dire, il vincolo; quello poi che si era anteriormente contratto conservava tutti i suoi effetti (*Vedi Pothier, delle success., cap. 1, art. 3 e 4 in fine*).

Nella nostra legge attuale è prevaluto il sistema contrario. La costituzione del 3 settembre 1791 disse nel suo titolo 2, art. 7: « La legge non considera il matrimonio che come contratto civile; » e nel 1804 il legislatore del codice, conseguente a questo novello principio, ammise il divorzio (tit. 6 art. 229 e seg. (1)), e dichiarò nel nostro articolo che il matrimonio che esiste nel tempo della incorsa morte civile è sciolto, ben inteso riguardo agli effetti civili soltanto, ma in quanto a tutti questi effetti, il matrimonio che il condannato contraesse posteriormente non produrrebbe alcun effetto civile (comma 7 e 8 dell'art. 25 (2)). Portalis nella sua esposizione de' motivi al corpo legislativo, sul titolo preliminare e su tutto l'insieme del codice, diceva: « Per diritto comune la morte sola può sciogliere il matrimonio, ma noi abbiamo creduto che la legge civile non poteva essere tanto inflessibile quanto la religione e la morale. » (*Fenet, t. VI, p. 46*).

Dunque oggi, per effetto della morte civile vi è pel condannato impossibilità di contrarre civilmente matrimonio, di sciogliere sempre civilmente parlando, quello anteriormente contratto, e per conseguenza libertà pel suo coniuge di contrarre un novello matrimonio civile (3).

Civilmente soltanto diciamo che il matrimonio posteriore del condannato sia impossibile, che sia sciolto il suo matrimonio anteriore e che sia libero il suo coniuge di rimaritarsi con altri.

Infatti non sarebbe lo stesso agli occhi della legge naturale ed a quelli della religione, la quale è il compimento della prima. La legge civile può bene infrangere un vincolo civile, ma non un vincolo naturale, un obbligo di coscienza. Diceva il giureconsulto romano: *Civilis ratio civilia jura corrumpere potest, naturalia vero non utique*.

In morale il matrimonio che il coniuge del condannato contraesse con un altro sarebbe un vero adulterio.

Del rimanente queste due idee: 1.° che ci-

(1) GIÀ sin dalla nota (3) pag. 40 osservammo non essere ammesso il divorzio per le nostre leggi: quindi in esse sono state soppresse le disposizioni del codice francese ora citate dall'autore (*Nota del traduttore*).

(2) Soppreso nelle nostre leggi, giusta la nota (1) pag. 93 (*Nota del traduttore*).

(3) Tutto quello che dice l'autore sul matrimonio contratto anteriormente alla condanna non è per noi applicabile. Le nostre leggi non separano il matrimonio come contratto dal matrimonio come sacramento, e quindi il vincolo non si può altrimenti sciogliere che con la morte naturale (*Nota del traduttore*).

vilmente il matrimonio posteriore del condannato è impossibile, e quello già contratto disciolto: 2.° che per l'opposto in religione è possibile il matrimonio posteriore, e il matrimonio anteriore sempre esiste, in guisa che il coniuge non può rimaritarsi senza commettere un delitto: queste due idee risultano benanche da ciò che fu detto nel consiglio di stato dagli stessi redattori del codice.

Nella seduta del 6 termidoro anno IX, allorchè si venne al nostro articolo, contraddistinto allora col n. 19, e concepito in questi termini: *gli effetti della morte civile saranno lo scioglimento del contratto civile del matrimonio; l'incapacità di contrarne un altro; il primo console, il ministro della giustizia, e Malleville, pretesero che la morte civile non poteva sciogliere il matrimonio; ma fu loro detto da Boulay, Tronchet, e Portalis: che la legge non si occupava del contratto naturale, e non regolava che il contratto civile; che per conseguenza i figli che nascerebbero da una unione puramente naturale; sotto il rapporto del diritto civile, non sarebbero che bastardi, di cui non si conoscerebbe che la madre: — Che quando in Francia la legge riuniva ne' matrimoni il contratto ed il sacramento, il principio religioso della indissolubilità traeva seco la continuazione del matrimonio malgrado la morte civile, ed in conseguenza i figli erano reputati legittimi; ma che oggi sarebbe una contraddizione che il contratto civile potesse sopravvivere alla morte civile di uno de' coniugi.*

Alquanto dopo, domandando il primo console perchè erasi fatto uso di queste espressioni: *scioglimento del contratto civile del matrimonio*, le quali facevano supporre che ne rimaneva però qualche altra cosa; Roederer gli rispose, che rimaneva il contratto naturale ed il vincolo religioso (Fenet, t. VII, p. 47 e seg.).

Nella seduta del 21 termidoro il nostro articolo, divenuto l'art. 21, fu presentato in questi termini: *Il condannato è incapace di contrarre un matrimonio legale, e che possa produrre alcun effetto civile; il matrimonio che aveva precedentemente contratto è sciolto riguardo a tutti i suoi effetti civili; e l'altro coniuge è libero di contrarne un altro (1).* Boulay disse che dichiarandosi il matrimonio sciolto solo in quanto ai suoi effetti civili, e non assolutamente, non si può più dichiarare l'altro coniuge libero di rimaritarsi; ma Tronchet, redattore dell'articolo, gli fece comprendere che la legge, non vedendo nel matrimonio che un contratto civile, deve dichiararlo

sciolto, e permettere al coniuge di rimaritarsi; che se l'articolo dice sciolto in quanto ai suoi effetti civili è per far intendere la distinzione che esiste fra il vincolo civile ed il vincolo religioso, e lasciare al coniuge del condannato, libero civilmente, la cura di giudicare nella sua coscienza se credasi libero sotto altri rapporti. Finalmente Regnier fece osservare che si disse tutto, quando si dichiarò sciolto civilmente il matrimonio, e che necessariamente ne seguiva la libertà dell'altro coniuge; ma che per non far credere alle coscienze timorate che la legge voleva rompere anche il legame religioso, tornò meglio togliere questa frase: *l'altro coniuge è libero di contrarre un nuovo matrimonio*, per lasciarne dedurre a questo coniuge le conseguenze secondo le sue opinioni. Su questa osservazione Tronchet acconsentì a ritirare questa frase, della quale intanto, come si scorge, s'intendeva conservare l'idea (Fenet, t. VII, p. 81).

Ed è così vero che l'articolo era inteso in questo senso che quando il progetto del nostro titolo, dopo essere stato prima rigettato (li 11 nevosio anno X), fu in seguito officiosamente comunicato al tribunato, il rapporto che fu fatto su tale comunicazione: criticò il progetto in quanto che scioglieva il matrimonio e dichiarava bastardi i figli, e si propose di rigettare siffatta disposizione e dirsi che il matrimonio sarebbe sciolto se lo domandasse il coniuge del condannato (Fenet, t. VII, p. 600 e 603).

Dipoi, dopo l'ultima redazione del nostro titolo, quando Treijlhard in nome del governo venne ad esporne i motivi al corpo legislativo, disse che una delle conseguenze della morte civile era lo scioglimento del matrimonio del condannato; ma, beninteso, riguardo soltanto agli effetti civili, poichè non si era dovuto considerare il matrimonio che come un atto civile e ne' suoi rapporti civili, astrazione fatta da ogni idea religiosa (ivi, 638.).

Finalmente, e questo tronca ogni discussione, presentato dal governo nel senso dello scioglimento (soltanto civile) del matrimonio, è anche in questo senso che l'articolo fu votato dal tribunato e decretato dal corpo legislativo. Il tribuno Gary, sul rapporto del quale ebbe luogo questa votazione e questo decreto, disse nel suo discorso:

« Si è detto contro siffatta disposizione (quella che dichiara il matrimonio legalmente sciolto) che essa è molto più severa dell'antica legge francese, che credette di dover

(1) La detta lezione, che contiene un grande errore, cioè che il matrimonio per la morte civile si scioglieva in quanto al vincolo civile, non è stata

Marculé T. I.

ta però riprodotta nemmeno nel testo dell'articolo francese.

conservare il vincolo che esisteva fra gli sposi; si è aggiunto inoltre che, astrazione facendo dalle idee religiose, il matrimonio non dev'essere considerato come cosa puramente civile; che è un contratto naturale regolato dalla legge civile, una unione il cui voto è la perpetuità. »

Ed egli rispose: « Sotto l'impero delle leggi della monarchia il matrimonio era nell'istesso tempo un vincolo religioso e civile, e la legge non poteva rompere de' nodi che essa sola non aveva creati. Oggi la celebrazione del matrimonio e tutti i suoi effetti appartengono alla legge civile. Convengo che nel matrimonio il contratto naturale ha preceduto il civile; ma che si può concludere da ciò? Che questo impegno è sotto la duplice autorità della legge naturale e della legge civile. Se una de' coniugi vive tuttavia agli occhi della natura, il vincolo resta sotto l'imperio della legge naturale; ma se questo coniuge è posto fuori della società, le leggi che questa società solo per se stessa ha fatte, che esistono per sua propria volontà, non possono più riconoscere la durata del vincolo circa agli effetti che vi aveva annessi. *Lo scioglimento di un vincolo puramente legale, E TALE QUESTO È AGLI OCCHI DEL LEGISLATORE, È LA NECESSARIA CONSEGUENZA DELLA PERDITA DEI DIRITTI LEGALI.* Si può riconoscere per coniuge colui che più non esiste?... Se si riconosce la necessità del principio, bisogna pure ammettere le conseguenze (ivi, p. 658 e 659). »

Che se fosse possibile di restare in ciò ancora qualche dubbio questo si dissiperebbe innanzi ad un'ultima osservazione: imperciocchè sopra una tale questione le ragioni sono veramente sovrabbondanti.

Vedemmo che erasi domandato che la morte civile, invece di operare per se stessa lo scioglimento del matrimonio civile, permettesse soltanto al coniuge di far pronunciare tale scioglimento, invocando il divorzio; ebbene l'fu forse ammessa questa idea? No; poichè nel titolo del divorzio non si tratta in alcun modo della morte civile; ma al contrario, allorchè nel titolo del matrimonio si arrivò ai motivi del suo scioglimento, si scrisse nell'art. 227 [216 n. 1 (1)]: « Il matrimonio si scioglie: 1.° con la morte; 2.° col divorzio; 3.° con la condanna ad una pena che apporti morte civile. »

Rimane dunque perfettamente stabilito: 1.° che in diritto naturale ed agli occhi della religione la morte civile non produce alcun effetto sul matrimonio; 2.° ma che agli occhi della legge civile interamente lo scioglie.

Si è intanto trovato un giureconsulto che è venuto a combattere il senso così chiaro del settimo ed ottavo comma del nostro articolo.

Toullier, il quale, come fu detto nel cominciamento di questo libro, è stato troppo spesso preoccupato dalle idee dell'antica giurisprudenza, e non sempre ha bene inteso il vero pensiero del nostro legislatore del 1801, ha preteso (I, n. 283) che malgrado la morte civile anche il matrimonio civile resti sempre sussistente; che per vero esso non produca più effetti civili, ma che non sia veramente sciolto; che siavi scioglimento riguardo agli effetti, ma non riguardo al vincolo anche civile.

Egli afferma che il diritto intermedio ed il diritto nuovo su tal punto rispettarono il principio dell'antica giurisprudenza.

Questa erronea opinione, queste false asserzioni sono pienamente confutate da tutto quanto si è detto, per poterci dispensare dal ritornarvi di nuovo. Solamente, per rispondere alla distinzione fatta da Toullier tra gli effetti civili ed il vincolo civile, che certamente non è che uno di questi effetti, noi ricorderemo queste parole del tribunò Gary: *lo scioglimento di un vincolo puramente legale, e tal è desso agli occhi del legislatore, è la necessaria conseguenza della perdita dei diritti legali.*

Del rimanente questa dottrina di Toullier, sviluppata da lui e da cinque altri avvocati di Rennes, in un consulto tenuto per una famiglia di suoi amici non ha avuto finora nè probabilmente avrà mai nessun partigiano. Tutti gli autori, Merlin, Loaré, Delvincourt, Proudhon, Guichard, Duranton, Vazeille, Dalloz, Coin-Delisle, Demolombe, Duvergier, tutti insomma insegnano le idee da noi stabilite, e gli arresti renduti su tale questione hanno egualmente in questo senso giudicato (2).

VI. — Abbiám già detto che un matrimonio non civile è sempre possibile a contrarsi pel morto civilemente. La legge civile infatti non può vietare ad un individuo di contrarre unione (che questa legge, è vero, non riconoscerà come matrimonio) con una donna che voglia pur dividere la sua sorte; e parimenti non potrebbe vietargli di far benedire dal ministro del proprio culto l'unione che ha così contratta. Il diritto di associazione dell'uomo e della donna, e la facoltà d'invocare su questa associazione tali preghiere, tali benedizioni, non sono benefizi del diritto civile. Precisamente per questo, come facem-

(1) Dal nostro articolo è stato modificato quello del codice francese citato dall'autore, togliendone i num. 2° 3°, e ciò per renderlo adatto alle nostre

leggi, come vedremo a suo luogo. (Nota del traduttore.)

(2) Vedi specialmente cassazione 16 maggio 1806;

mo osservare, l'art. 25 (1) dice non già che il condannato non possa *contrarre matrimonio*, ma che non potrà contrarre un *matrimonio che produca alcun effetto civile*.

È ben chiaro però che nel caso di un matrimonio semplicemente religioso, contratto da un morto civilmente, non potrebbe esservi luogo all'applicazione degli art. 199 e 200 del codice penale, i quali puniscono il sacerdote che proceda alle cerimonie di un matrimonio prima che sia giustificato da un atto di matrimonio precedentemente ricevuto dall'ufficiale dello stato civile (2). Altra volta, come l'osservammo sotto l'art. 35 (37), ai curati erano affidate le funzioni di ufficiali dello stato civile, le quali sono oggi esercitate dai sindaci; era dunque innanzi ai curati che simultaneamente si contraevano ed il matrimonio civile ed il matrimonio religioso, i quali allora erano l'uno all'altro uniti, come abbiamo veduto. Ebbene, lo scopo de' due succitati articoli del codice penale fu quello d'impedire che molti cittadini non fossero condotti da un avanzo di consuetudine a portarsi direttamente alla chiesa per non contrarre il matrimonio civile, ed a privarsi così per ignoranza de' diritti che ne risultano; è quindi chiaro che tali articoli non furono scritti pel caso di cui si tratta, caso in cui il matrimonio civile è diventato impossibile, ed in cui si tratta di un uomo che più non vive agli occhi della legge (3).

VII. — Nello studiare lo spirito della nostra presente legislazione, nel riportarci alla discussione che ebbe luogo nel tempo della redazione del nostro articolo, e soprattutto nel confrontare questo articolo del testo con l'art. 227 (4), osservammo che civilmente parlando il matrimonio di un condannato già contratto nel tempo della morte civile è nullo, e che nullo è del pari quello che contrae posteriormente alla morte civile.

In quanto a quest'ultimo matrimonio si è domandato se poteva esser considerato come ogni altro matrimonio nullo e ricevere l'applicazione dall'art. 202 (12), secondo il quale un matrimonio che si ritiene esser nullo

produce non pertanto, allorchè è contratto di buona fede da uno de' coniugi, tutti gli effetti civili di un matrimonio valido a favore del coniuge di buona fede e de' figli.

L'affermativa è certa, sebbene sia negata da Merliu e Zachariae, la dottrina de' quali confuteremo sotto l'art. 202 [192].

All'epoca della discussione del nostro articolo nel consiglio di stato, sulla osservazione di Tronchet, che il matrimonio contratto dal morto civilmente non potrebbe produrre alcun effetto riguardo a chichessia, Rœl fece osservare: « che lo stato de' figli potrebbe » intanto essere assicurato dalla buona fede » dell'altro coniuge; » al che Tronchet soggiunse: « che gli effetti di questa buona fede » formavano un'eccezione alla regola generale, e che tutto al più essi sarebbero limitati a quello de' coniugi che fosse stato ingannato, ed ai figli. »

VIII. — Ma questo matrimonio, contratto dal morto civilmente con una persona che ha ingannato, non darebbe pertanto nè ai suoi figli nè al coniuge di buona fede il dritto di succedere in beni che questo morto civilmente lascerà nel tempo della sua morte naturale.

Infatti il favore accordato dall'articolo 203 [192] dà, è vero, al coniuge ed ai figli il titolo di coniuge e di figli legittimi, ma esso non produce alcun effetto relativamente al morto civilmente, e non cangia affatto il suo stato; in guisa che se questa eccezionale disposizione fa scomparire la incapacità di ricevere, di cui secondo i principi prima erano stati colpiti, esso non fa egualmente scomparire la incapacità di *trasmettere*, di cui rimane colpito il morto civilmente. In questo caso pe' figli e per la vedova non v'è altra risorsa che la disposizione dell'art. 33 secondo comma (5) che permette al governo di disporre de' beni del morto civilmente come saprà suggerirgli l'umanità.

Del rimanente osservarsi bene su qual ragione noi poggiamo siffatta decisione. Essa consiste nell'esservi dalla parte del padre *incapacità di trasmettere*; noi non diciamo

del 22 giugno 1822. I condannati ad ogni pena possono ecclesiasticamente contrarre matrimonio. Il matrimonio de' condannati ai ferri ed alla reclusione è ancor suscettivo degli effetti civili mercè l'adempimento degli atti dello stato civile; quello del condannato all'ergastolo dee procedere senza le formalità civili, purchè il re non si degni di accordarne la dispensa (*Nota del traduttore*.)

(4) All'art. 227 del codice francese corrisponde il nostro art. 216; ma questo però riproduce il solo num. 1 di quello, e non i num. 2 e 3, al quale ultimo allude l'autore: quindi non abbiamo additato confronto. (*Nota del traduttore*.)

(5) Soppresso nelle nostre leggi (*Nota del traduttore*.)

Douai 3 agosto 1819; Tolosa 26 maggio 1837 (Devil., 1837, 2, 296).

(1) Soppresso, come si è veduto alla nota (1) pagina 93 (*Nota del traduttore*).

(2) La proibizione stessa è sancita dall'art. 81 delle nostre leggi civili al parroco richiesto di celebrare il matrimonio senza l'esibizione della copia della solenne promessa innanzi allo stato civile, come anche meglio vedremo a suo luogo; e l'art. 245 delle leggi penali in caso di contravvenzione commina contro il medesimo la pena del secondo grado dell'esilio correzionale, e dell'amenda correzionale. (*Nota del traduttore*.)

(3) Pel matrimonio de' condannati all'ergastolo, ai ferri, ed alla reclusione veggasi il rescritto

che i figli non appartengono al padre loro, che non vi è alcun vincolo civile, alcuna legale relazione fra questi e lui. Questo è un errore il quale conduce ad un risultato che fra poco combatteremo.

I figli che il morto civilmente ha avuto da un matrimonio *putativo* (così chiamasi il matrimonio nullo in principio, ma che la legge vuol pure *reputare valido* a motivo della buona fede de' coniugi o di uno di essi) appartengono al padre loro.

Infatti essi son reputati figli legittimi; ma figlio legittimo precisamente chiamasi colui il quale ha un padre certo, a cui è congiunto con vincolo legittimo; mentre colui che non è congiunto al padre suo, o anche in modo diverso dal vincolo legittimo propriamente detto gli si unisce, cioè per un semplice riconoscimento, è un bastardo. Nel nostro caso dunque il figlio appartiene legittimamente al padre, benché questi dal canto suo non possa dirsi padre legittimo del detto figlio; imperciocchè, non essendovi buona fede che in uno dei coniugi, la detta buona fede non produce gli effetti civili del matrimonio, secondo l'articolo 202 [192] che per questo coniuge ed i figli, e non pel padre.

IX. — È importante l'effetto di questa differenza di principj.

Infatti nel sistema che combattiamo si potrebbe dire: il figlio non appartiene legalmente al padre, in conseguenza non può per suo mezzo essere congiunto ai parenti di questo; havvi un anello della catena spezzato: egli dunque non può succedere ai parenti del proprio genitore, come non potrebbe succedere allo stesso suo padre. E questo per vero dicono Merlin (*Quist.*, v. *legittimità*, §. 5) Coin-Delisle (art. 25 n. 37) e Demolombe (I, n. 207.)

Ma un tal risultato evidentemente è contrario ai veri principj.

Questo figlio può reclamare tutti gli effetti civili del matrimonio, che, sebbene non sia effettivamente legittimo, pure è stinato esserlo per simulazione della legge. Il matrimonio nullo in realtà, e che nullo rimane in faccia al padre, riguardo al figlio è reputato valido; questo figlio appartiene dunque al proprio padre, e per suo mezzo a tutti i parenti dello stesso padre, sebbene questi non abbia legame nè col figlio nè coi suoi parenti, essendo considerato morto.

Ci si dice che vi è un anello spezzato della catena, e che in conseguenza non vi può più essere continuità. Ciò è vero pel padre; ma questo anello, che prosegue a mancare pel padre, è ristabilito pel figlio per effetto della onnipossente volontà del legislatore, che a suo piacimento crea delle finzioni, che può con efficacia supporre che esiste quello che in realtà non esiste, e che in questo caso di-

chiara valido riguardo al figlio un matrimonio che è nullo relativamente al padre.

Si dirà finalmente che vi è contraddizione nel dirsi che un figlio, per esempio, sia congiunto ad uno zio per mezzo di suo padre che con lui non ha nessun legame? ma questa contraddizione è nella legge medesima, che da un canto *ristabilisce* pel figlio l'anello che *lascia spezzato* pel padre, e dall'altro prescrive che si riconosca l'esistenza e la filiazione *legale* di un figlio procreato da persona la quale *legalmente è morta*. La nostra dottrina è la immediata conseguenza di questo principio del codice, che il matrimonio in tal caso è simultaneamente *nullo* e *valido*.

Indarno Demolombe dice che noi alteriamo la finzione, attribuendole l'effetto di modificare lo stato del coniuge morto civilmente; imperciocchè, trovandosi il matrimonio valido relativamente all'altro coniuge ed ai figli, *relativamente a questi* il matrimonio del morto civilmente è fittiziamente il matrimonio di un uomo civilmente vivo...

Che cosa significa quest'altro argomento, o meglio questa singolare comparazione (che a Demolombe pare perentoria), che se una persona sposi un bastardo, credendolo di buona fede legittimo, questi non resta meno bastardo, in guisa che i suoi figli non potrebbero succedere ai suoi parenti? È troppo chiaro che non esiste la pretesa analogia, e che, la qualità di bastardo non essendo affatto un ostacolo alla validità del matrimonio, non vi ha per conseguenza in questo caso né matrimonio putativo, nè esame possibile degli effetti del matrimonio putativo.

È strano di ricercare gli effetti che una finzione deve produrre in un caso in cui siffatta finzione non può esistere.

È dunque indubitato che i figli nati dal matrimonio putativo di un morto civilmente sono reputati figli di un uomo civilmente vivo (poichè un morto non avrebbe potuto maritarsi e procreare de' figli); che per conseguenza sono congiunti legalmente al padre loro ed ai parenti del medesimo; che hanno in faccia a tutti la piena capacità di *raccolgere*; e che se non succedono al primo, perchè è *incapace di trasmettere*, succederanno benissimo agli altri, i quali hanno la capacità di trasmettere.

Altronde malamente Coin-Delisle e Demolombe invocano Pothier in appoggio della loro opinione. Egli è pur vero che il celebre giureconsulto dapprima aveva ammesso la dottrina che confutiamo, nel suo trattato del *contratto del matrimonio* (n. 440); ma in seguito ne comprese la inesattezza, ed ecco quel ch'egli dice nel suo trattato delle *successioni*, pubblicato tredici anni dopo: « È vero che per una particolare ragione que-

« sti figli non possono succedere a colui che » è stato condannato, e la detta ragione si è » perchè egli è incapace di trasmettere la » sua successione. Ma essi potranno succedere » e all' altro coniuge ed a tutti i loro pa- » renti, anche a quelli della linea del con- » dannato, siccome fu giudicato per i figli del » signor della Rocheboissieu (cap. 1. sez. 2, » art. 3, § 4, com. 19). »

Gli errori di Demolombe, di Coin-Delisle, e di Merlin sono vieppiù confutati dalla maggior parte degli autori e dalla giurisprudenza (1).

X. — Sovente un estremo richiama l'altro. Accanto ai giureconsulti che pretendono che i figli di un morto civilmente, nati dal matrimonio putativo, non possano succedere nè al padre loro (cioè che è vero) nè ai parenti del medesimo (cioè che è falso), veggonsi altri gittarsi nell'opposto errore, e sostenere che questi figli possono succedere e ai parenti paterni ed allo stesso loro padre.

Delvincourt cerca di stabilire questa dottrina, e perciò si sforza di rovesciare il principio che una successione non può passare da un individuo ad un altro se non quando vi è la capacità di raccogliere nell'erede e quella di trasmettere in colui che lascia questa successione. Secondo lui non è necessaria la facoltà di trasmettere. Nelle successioni *ab intestato*, egli dice, non è il defunto, è la legge che trasmette.

E la legge che trasmette! La proposizione è veramente strana quando è ritenuta così alla lettera, e nel senso che Delvincourt le dà in questo luogo. E la legge che trasmette! Ma non si può trasmettere quello che non appartiene; i beni del defunto appartengono alla legge? . . . Quando dicesi che nelle successioni *ab intestato* è la legge che trasmette, ciò significa che è la stessa legge che indica l'erede che deve prendere i beni, che dessa è quella che lo chiama a raccoglierti, ma non significa che dessa glieli dà. Si considera sempre che il defunto ha dato questi beni; l'idea del legislatore, allorchè stabilisce le regole delle successioni pel caso in cui non vi sia testamento, è quella di consacrare la probabile volontà del defunto, e d'indicare quali eredi egli pensa che questo defunto nel suo silenzio ha voluto avere. Il consigliere di stato Treilhard, presentando il titolo delle successioni, diceva che la legge sulle successioni era il testamento presunto di ogni persona che muore senza aver validamente espressa una diversa volontà (Fenet, t. I, p. 136). Dunque anche nel caso

di successione *ab intestato* è l'uomo che dà, che trasmette i suoi beni; in questo caso precisamente, come in quello del testamento, bisogna che abbia capacità per tale trasmissione, egualmente che bisogna che l'erede o il legatario abbia la capacità per raccogliere.

Questi principi sono stati in ogni tempo riconosciuti, e osservammo chiaramente professarsi da Pothier nel passo riportato nella fine del precedente numero. Se altronde vi è mestieri di un testo formale, questo è scritto nello stesso nostro articolo, in cui nel secondo comma è detto: « Egli (il morto civilmente) non può più nè raccogliere per successione, nè trasmettere a questo titolo i beni, ec. » Vi è dunque incapacità di trasmettere come vi è incapacità di raccogliere.

Del pari il tribunò Gary, spiegando innanzi al tribunato ed al corpo legislativo i motivi dell'art. 33 (2), che attribuisce allo stato per dritto di caducità (*déshérence*) i beni che il condannato lascia al tempo della sua morte naturale, partiva dal principio che per esservi trasmissione di successione bisogna che vi sia capacità nella persona che trasmette come in quella che raccoglie. Senza il concorso di queste due capacità, egli diceva, non vi ha successione. (Fenet, tom. VII, p. 657.)

Delvincourt intanto tien forte alla sua dottrina, e arriva sino a dire che dev'essere ritenuta come costante dopo che la legge ha detto nel nostro art. 25 primo comma (3) che i beni che lascia un individuo quando è colpito dalla morte civile passano agli eredi del medesimo.

Per ben comprendere siffatto argomento bisogna sapere che secondo Delvincourt l'individuo colpito dalla morte civile trovasi colpito da una incapacità che bisognerebbe chiamare retroattiva, e che per questa incapacità non può avere effetto il suo testamento ai termini del primo comma dell'articolo. Se questo principio è vero, se non ostante l'incapacità della persona colpita dalla morte civile questi beni sono trasmessi ai suoi legittimi eredi, bisogna dunque riconoscere che è la stessa legge, e non la persona, che trasmette questi beni. Ma noi nel seguente numero vedremo che questo è un madornale errore, un evidente assurdo, e che se colui che è colpito dalla morte civile non può lasciare un testamento valido, non è certamente per incapacità.

Finalmente Delvincourt in appoggio della sua dottrina cita l'arresto di cassazione di sopra segnato, del 15 gennaio 1816; ma il medesimo non ha relazione alcuna con la pre-

(1) Delvincourt, Toulhier (t. 284), Duranton (t. 259), Vazeille (t. 280), Richelot (t. p. 473); Cassazione (di un arresto di Douai), 15 genn. 1816; Rouen, 7 dicem. 1820.

(2) Soppresso nelle nostre leggi (Nota del traduttore).

(3) Soppresso nelle nostre leggi (Nota del traduttore).

sente quistione; imperocchè giudica soltanto che il figlio di un morto, civilmente nato dal matrimonio putativo, può succedere ai parenti del proprio genitore, come già abbiamo dimostrato; ma non dice in alcun modo che possa succedere al *proprio padre*. Nella specie trattavasi della prozia paterna del figlio.

Questo è dunque un punto che resta fermo: perchè una successione sia raccolta vi è d'uopo e la capacità di ricevere da una banda e dall'altra la capacità di trasmettere; per conseguenza i figli che un morto civilmente ha avuto da un matrimonio contratto di buona fede dall'altro coniuge, sebbene abbiano gli effetti civili di un matrimonio legittimo, pur nullameno, a causa della incapacità del padre, non possono raccogliere i beni che costui lascia nel tempo della sua morte naturale.

XI. — Come si è dovuto comprendere, noi nel numero precedente non abbiamo parlato che de' beni che il morto civilmente ha acquistati dopo incorsa la morte civile; poichè, per quelli che possedeva nel momento che lo colpì la morte civile, essi da quel momento istesso, in conformità del primo comma del nostro articolo, passano agli eredi legittimi, figli o altri che in quel tempo aveva.

Ed infatti quando la morte civile colpisce un individuo, è chiaro che lo trova *vivo civilmente*; ed in conseguenza in quel momento è capace; egli dunque può trasmettere i suoi beni come se naturalmente morisse, ed infatti li trasmette, come si osserva dal testo dell'articolo medesimo. Ma non è così pel beni che posteriormente acquista, e che lascerà nel momento della sua morte naturale; poichè al tempo di questa morte naturale egli si troverà forse da lungo tempo civilmente morto, ed in conseguenza incapace di trasmettere; i suoi beni quindi non possono passare nè ai suoi legittimi eredi (art. 25 secondo comma (1), nè ai donatari o legatari (ivi terzo comma (2)); essi appartengono allo stato, a norma dell'art. 33 (3).

Ma se la persona per necessità è *civilmente viva* quando viene a colpirla la morte civile, e per conseguenza è allora capace di trasmettere, perchè dunque il testamento che lascia non produce alcun effetto?

Gli autori su tal quistione sono tutti fermati ad una dottrina talmente strana, talmente assurda, che a stento si concepisce come abbia potuto solo emetterla alcuno di essi... Tutti insegnano che il testamento di colui la cui successione si apre per la morte civile non può avere effetto, perchè

la morte civile produce incapacità di avere una volontà, incapacità di trasmettere. Perchè un testamento sia valido bisogna che il testatore abbia avuto capacità di disporre nel momento che lo scrive, e capacità di trasmettere al tempo della morte; ma, dicono gli autori, *colui che viene ad essere colpito dalla morte civile non può avere questa seconda capacità (4)*.

Di già provammo la falsità di questa strana proposizione, ma dobbiamo nuovamente insistervi.

Pietro e Paolo da due anni han fatto il loro testamento; oggi Pietro è infermo a letto, e Paolo, sottoposto a criminale accusa, è tradotto innanzi la corte di assise; Pietro rende l'ultimo respiro, mentre Paolo, condannato a' lavori forzati a vita, entra nel bagno; l'uno è naturalmente morto, l'altro civilmente, e sono aperte le successioni di entrambi; ma valido è il testamento di Pietro, nullo quello di Paolo; e perchè?

Toullier, Duranton, ed altri rispondono (probabilmente senza comprendere se stessi): *Paolo è civilmente morto; ma la morte civile impedisce di avere legalmente una volontà, e rende incapace*.

Benissimo; ma la morte naturale non impedisce pure di avere una volontà e non rende incapace? Come dunque Pietro, che è naturalmente morto, ha un testamento valido, mentre nullo è quello di Paolo, il quale non è morto che civilmente?

Come! per conoscere se un individuo sia morto capace o incapace voi esaminate il momento che ha seguito la sua morte e lo stato in cui questa morte l'ha collocato!... Ma necessariamente, secondo questo principio, voi lo troverete *sempre incapace*; poichè dall'istante che si è morto naturalmente o civilmente non si ha capacità; in guisa che non avreste mai un testamento, un *solo testamento*, che potesse avere effetto! Qual curiosa dottrina!

Gli autori avrebbero dovuto riflettere che, riguardando un individuo come già incapace per causa della morte civile nel momento che questa venga a colpirla, essi ritengono l'effetto prima della causa, la conseguenza prima del principio. Quando vogliasi sapere se un individuo sia morto capace o incapace è chiaro che bisogna considerare non il momento che seguì la sua morte, ma quello che la precedette, cioè lo stato nel quale egli era quando fu colpito dalla morte. Ma colui che è morto civilmente aveva la vita civile quando fu

(1) Soppresso nelle nostre leggi (*Nota del traduttore*).

(2) V. la nota precedente (*Nota del traduttore*).

(3) Soppresso nelle nostre leggi (*Nota del traduttore*).

(4) Toullier (12-81), Delvincourt, Duranton (1-218) A. Dalloz (*Dict. v. morto civ.*, n. 47 48), Coln-Delisle (n. 47), Richelot (1-113) Lagrange (*Esam. crim.* p. 126).

colpito dalla morte civile; dunque questa morte civile lo trovò capace, egli morì capace.

Non è dunque per una conseguenza dei principj generali che l'individuo la cui successione si apre colla morte civile si reputa morto *ab intestato*; ciò avviene al contrario per una eccezione a questi principj, ed è facile a darsi la ragione di siffatta eccezione.

Quando la legge viene a dirci: « Esprimete la vostra volontà circa la trasmissione dei vostri beni, ed io m'incarico di farla rispettare dopo la vostra morte », è certamente un grande beneficio che essa ci accorda; ebbene, essa giudica indegno di tal beneficio colui che è posto nel caso di esser tolto dal seno della società. Non è dunque per incapacità ma per indegnità che il testamento rimane senza effetto in questo caso.

XII. — Renaud, professore dell'università di Berna, trattando dopo di noi la medesima questione, ha scritto: « Marcadé ha dimostrato con chiarezza la petizione di principio sulla quale poggia l'argomento (di « Toullier, Delvincourt, Duranton, ec.) . . . Ma la spiegazione che si sforza di sostituire non è punto migliore . . . Secondo lui il testamento rimane privo di effetto non per incapacità ma per indegnità . . . — È inconcepibile come questo giureconsulto abbia dimenticato che nè il dritto romano nè il dritto francese riconoscono indegnità nel testatore. Vien chiamato indegno dalla legge il solo successore (ed il successore *ab intestato*) (p. 89). »

Certo non abbiamo dimenticato l'idea che Renaud ci ricorda; ma abbiamo detto, come diciamo, che se per un testatore che muoja civilmente, la parola *INDEGNITÀ* non esiste nel codice, esiste la cosa, e vi si trova la causa della nullità del testamento. Noi lo proveremo, discutendo alla nostra volta la teoria di Renaud.

Renaud pretende spiegare il punto in questione con la storia. Bisogna osservare, egli dice, che nel nostro antico dritto la morte civile irregolarmente era riguardata come corrispondente alla *media capitis deminutio* de' romani; che, portando quest'ultima l'incapacità di testare, per una erronea dottrina si attribuì lo stesso effetto alla prima; che tali erano segnatamente le idee di Richer nel suo trattato della morte civile; e che il legislatore del 1801 senza disamina riprodusse quest'antica idea, che sarebbe stato d'uopo rigettare (p. 90, 91, 92).

La nostra risposta è che Renaud non ha he-

(1) Soppresso nelle nostre leggi (Nota del traduttore).

(2) De' tre autori che dopo noi han trattato questo titolo due dividono la nostra opinione, cioè Valette (sopra Proudhon, p. 149) e Demolombe (I. 200).

ne compreso il pensiero de' nostri antichi autori; pensiero che poi divenne quello del codice.

E pur vero che si parlava d'incapacità per spiegare la nullità del testamento che si apriva per la morte civile del condannato; ma quando si ha cura di esaminare la natura di questa pretesa incapacità, bentosto si scorge che altro non era se non una indegnità. Ne troveremo la prova in quello stesso autore citato da Renaud, in Richer.

Richer dice: « Bisogna riflettere che la capacità di testare e la validità de' testamenti sono emanazioni della legge civile; e però non possono appartenere se non a coloro che essa favorisce; ma si può dire che essa favorisca l'uomo che ha condannato alla perdita di tutti i suoi diritti? Allora quando dice che il testatore *dev'essere capace* ciò non altro significa se non che *dev'essere sotto la protezione della legge*; ma può dirsi che un uomo che muore civilmente sia sotto la protezione della legge?... Riguardo all'argomento tratto dal paragone co' religiosi rispondiamo che bisogna distinguere due specie di morte civile; quella del condannato è una pena che rende indegno de' vantaggi di cittadino. . . Per l'opposto colui che fa professione in religione è degno di ogni sorta di favori. » (Richer, p. 478 a 480.)

Sicché il testamento aperto per la morte civile non era nullo per effetto della medesima (perchè rimaneva valido quando la morte civile risultava da professione religiosa); era annullato il suo testamento sol per la ragione che l'individuo condannato ad una pena che apportò morte civile è indegno de' favori della legge. Tale era il pensiero de' nostri antichi autori, pensiero riprodotto nel nostro art. 25 (1).

Resta dunque provato che è l'indegnità sola del testatore che fa annullare il testamento il quale si apre per la morte civile (2).

XIII. — Se invece di un testamento si trattasse di una donazione di beni futuri, di una istituzione contrattuale forse fatta da colui che in seguito venga ad essere colpito dalla morte civile, questa donazione sarebbe valida, prima perchè, essendo per indegnità e per eccezione ai principj che il morto civilmente non può lasciare testamento nel tempo della sua morte civile, questa è dunque una disposizione simultaneamente eccezionale e penale; quindi la stessa per questa duplice ragione dev'essere ristretta al caso formalmente pre-

Il terzo, Duvergier (I, p. 204), lascia passare senza osservazione l'assurda dottrina della incapacità, professata da Toullier come dagli altri nostri predecessori.

veduto dal testò; ma il nostro articolo nel primo comma non parla che del testamento; e poi perchè d'altronde, come già si è detto sotto l'art. 2 [2] n. VIII, in tal caso vi ha pel donatario un diritto irrevocabilmente acquistato dal giorno stesso della donazione; quindi questo diritto dev'essere rispettato.

Per più forte ragione la morte civile non avrebbe influenza sulla donazione tra vivi che l'individuo avesse fatta durante la sua vita civile; poichè, come si è del pari detto sotto l'art. 2 [2], il donatario dal giorno stesso della donazione è divenuto proprietario de' beni donati, i quali per conseguenza non sono più nel patrimonio del donante al tempo che è colpito dalla morte civile.

XIV. — Rimane a fare un'ultima osservazione su quest'art. 25 (1). La morte civile essendo uno stato, una qualità personale dell'individuo, l'accompagnerà dovunque; in qualunque luogo si trasferisca il morto civilmente sarà trattato come civilmente morto ne' suoi rapporti con la società francese o con persone francesi.

Non potrebbe dunque aspirare ad una successione apertasi in Francia in virtù della legge del 14 luglio 1819, la quale accorda il diritto di successione a tutti gli stranieri; perchè questa facoltà di succedere, sebbene accordata agli stranieri, non è meno però un diritto civile conferito dalla legge francese; ma il morto civilmente non può godere che di quei soli diritti i quali sono relativi alla sua naturale esistenza.

Non pertanto è chiaro che potrebbe godere i diritti civili in un altro paese, poichè la sentenza da cui risulta contra di lui la morte civile è relativamente alle nazioni straniere *res inter alios judicata*; e senza dubbio mai non si avrà l'idea di pretendere che una sentenza renduta in Francia sia obbligatoria per tutti i popoli della terra. Così sarebbe valido il matrimonio che contraesse in paese straniero, beninteso che non ne invocasse gli effetti in Francia o contra i francesi. Così ancora i diversi atti da lui fatti in paese straniero, ove gli fosse stato accordato il godimento de' diritti civili, non potrebbero essere attaccati di nullità dai cittadini di questo paese sul fondamento che egli sia morto civilmente; poi-

chè, lo ripetiamo, la sentenza da cui risulta la sua morte civile è *res inter alios judicata*, *quae aliis nec nocet, nec prodest*, e non può essere con effetto invocata che dalla società francese, ovvero da uno de' suoi membri. poichè soltanto questa società è stata parte nella lite.

26 [20] — Le condanne profferite in contraddizione non produrranno la morte civile che dal giorno della loro esecuzione, sia reale, sia in effigie (2).

SOMMARIO

- I. Differenza tra la condanna profferita in contraddizione e quella in contumacia, fra l'esecuzione reale e l'esecuzione fittizia.
- II. Nella condanna profferita in contraddizione la morte civile colpisce al momento stesso della esecuzione. Errore di Merlin, Toullier, e Provence.
- III. N.lla esecuzione successiva è al cominciamento dell'esecuzione che s'incontra nella morte civile. L'esecuzione de' lavori a vita non coincide che dall'entrata nel bagno. Disporre con Toullier, Duranton, Villet, ecc.
- IV. Il condannato non avrà ogni sua capacità nell'intervallo tra la condanna e la morte civile.

I. — Questo articolo ed i sei seguenti indicano come le condanne profferite, sia in contraddizione, sia in contumacia, producano la morte civile; e quali siano i diversi effetti che producono contra il condannato.

Di già è noto che la condanna è detta contraddittoria o in contumacia secondo che viene profferita in presenza o in assenza dell'accusato.

Due modi di esecuzione vi sono; l'esecuzione reale, che si fa sulla persona stessa del condannato; e l'esecuzione fittizia o in effigie, che oggidì a norma dell'art. 472 del codice di istruzione criminale consiste semplicemente nell'apposizione (fatta dal carnefice ad un palo situato in una pubblica piazza) di un affisso contenente l'estratto della sentenza di condanna. Quest'ultima esecuzione ha luogo quando il condannato non è in potere della giustizia. In altri tempi nelle condanne a pena di morte l'esecuzione fittizia operavasi per mezzo di un quadro che si sospendeva al palco... e da ciò ne venne il nome di esecuzione in effigie (*per effigiem*).

II. — Merlin (Rep., v. morte civile, § 1, art. 5),

(1) Soppresso nelle nostre leggi. (Nota del traduttore).

(2) Il nostro articolo 29, corrispondente all'articolo 26 del codice francese, ha soppresso le parole *sia reale, sia in effigie*, che si leggono nell'articolo francese. L'esecuzione in effigie non fu mai introdotta tra noi, nè se ne fa parola nelle nuove leggi penali. Sotto l'impero dell'abolito regolamento del 20 maggio 1808, che ebbe luogo nel dominio al di qua del faro, fino a che non furono messe in esecuzione le nuove leggi della procedura ne' giudizi penali, era ordinato che se la senten-

za contumaciale contenesse la pena di morte fosse pubblicata nella patria del reo, dopo di che il giudice passava a dichiararlo fuorbandito, ossia messo fuori della protezione della legge. Ciò teneva luogo della esecuzione in effigie. In Francia l'esecuzione in effigie si fa dall'esecutore delle condanne criminali, estraendo copia della sentenza di condanna ed affiggendola ad un palo posto a tale oggetto nella pubblica piazza, art. 472 del cod. d'istruz. criminale; il che l'autore appunto ci ricorda sotto quest'articolo (Nota del traduttore).

Toullier (I-274), Zachariae (I, p. 163), e Proudhon (I, p. 74) ritengono alla lettera queste parole del nostro articolo: *a contare dal giorno dell'esecuzione*; e pretendono che s'incorra nella morte civile sin da che il detto giorno ha cominciamento. Essi per decidere in tal modo si fondano sull'art. 2134 [2020], secondo il quale le ipoteche non prendono grado che *dal giorno della loro iscrizione*, in guisa che le diverse ipoteche prese nello stesso giorno, sebbene ad ore differenti, hanno il medesimo grado; poi sull'art. 2260 [2166], il quale dice che la prescrizione si conta per giorni, non già per ore. Ma qual relazione vi ha fra la morte civile ed un'ipoteca; fra la morte civile ed il modo di contare la prescrizione?

Con le cennate parole, *a contare dal giorno dell'esecuzione*, non v'è dubbio che il legislatore ha voluto dire *a contare dall'esecuzione*, cioè a contare dal momento stesso di questa esecuzione. La morte civile è la conseguenza della condanna *posta in esecuzione*: come l'effetto potrebbe esistere prima della causa?

Merlin fonda la sua dottrina nel perchè le parole *a contare dal giorno* essendo inclusive di questo giorno, necessariamente il giorno intero e non una sola parte bisogna che per esso comprendasi; ma è chiaro che siffatta conseguenza è illogica, e sorpassa le premesse da cui si vuole dedurla. Lo stesso Merlin confessa che, a mo' d'esempio, nell'art. 402 [323] che dispone che *l'interdizione avrà il suo effetto dal giorno della sentenza*, il giorno della sentenza non è che *parzialmente* compreso, poichè se diversamente si decidesse sarebbe lo stesso, egli dice, che far retroagire la sentenza, e ritenere gli effetti prima della causa. — Ebbene, in questo caso avviene precisamente lo stesso, ed è strano che Merlin non abbia ritenuto una cosa tanto semplice.

Il confronto delle regole del codice su questo punto con quelle del nostro antico diritto ci pare che provi perentoriamente l'errore di Merlin e degli autori che l'hanno seguito.

Nella nostra antica giurisprudenza s'incorreva nella morte civile *dal momento* della fittizia esecuzione nelle condanne in contumacia (qualora il condannato non si presentava ne' cinque anni seguenti); e, riguardo alle condanne contraddittorie, secondo la più comune opinione s'incorreva *dal momento* in cui era pronunziata la sentenza; e secondo altri *nel momento* soltanto, dell'esecuzione, come nel caso di contumacia. Sicchè ora per l'esecuzione soltanto, ora per la sentenza medesima s'incorreva la morte civile; ma ben si evitava di ritenere l'effetto prima della sua causa, ed era stabilito che la morte

civile non avea luogo che nel momento che seguiva, sia la sentenza, sia la esecuzione, e non mai con effetto retroattivo che facesse risalire la morte civile al cominciamento del giorno nel quale aveva avuto luogo siffatta esecuzione e siffatta sentenza. E vero che spesso adoperavano le seguenti espressioni: *il giorno della sentenza, il giorno dell'esecuzione*, siccome fa il nostro articolo, e come è naturale che faccia; ma le dette espressioni sono come sinonime di queste: *il momento, l'istante dell'esecuzione o della sentenza*; e pruova ne fanno gli autori, i quali indistintamente adoperavano ora le une ora le altre. Per la stessa ragione Pothier, il quale dice nel cap. 3.^o *delle successioni*, che: « se la sentenza di prima istanza è confermata in appello la successione è aperta dal giorno della sentenza, non già dal giorno dell'arresto; poichè dal giorno della sentenza il condannato è incorso nella morte civile », nel primo capitolo ha cura di spiegare che la morte civile non esiste se non *dopo la sentenza o dopo la esecuzione*, e che la vita civile, senza alcun effetto retroattivo dura fino al tempo della esecuzione o della sentenza, e singolarmente sviluppa l'idea che « l'accusato è capace di succedere finchè non sia condannato », e che effettivamente egli succede ai suoi parenti morti dopo l'accusa, *quando anche fosse in seguito condannato*. » (V. *success.*, cap. 1.^o, sez. 2, art. 2, § 3; cap. 3, sez. 1, § 3). — Diciamo che secondo taluni la condanna in contraddizione produceva la morte civile dal momento della sentenza, e secondo altri soltanto dal tempo dell'esecuzione. Difatti abbiamo veduto insegnare la prima dottrina da Pothier; Gilbert des Voisins sosteneva la seconda: « La morte civile, egli diceva, è lo stato di un uomo separato dalla società, il quale più non può contrattare con essa. Stabilito questo principio, come vuoi che una sentenza proferita nel segreto di una camera criminale faccia conoscere alla società che essa più non può contrattare col condannato? Perchè la società ne abbia conoscenza è d'uopo che la sentenza sia renduta pubblica; ma non può esserci che mercè l'esecuzione, ed in conseguenza la morte civile non può cominciare che dal giorno della esecuzione della sentenza. » (Denizart, v. *morte civile*). — Questa è l'idea che il codice conserva (quantunque più non esista il motivo presentato da Gilbert, poichè oggidì vi è pubblicità nei giudizi criminali). Così il codice riporta la morte civile sino a cinque anni dopo l'esecuzione nelle sentenze in contumacia (art. 27 [30 (1)]), invece di fissarla al momento stesso dell'esecuzione, siccome era nell'antico diritto.

(1) Modificato, nel senso che la privazione de' diritti civili per le condanne in contumacia si opera cinque

Marcardé T. I.

anni dopo la loro pubblicazione, giusta il nostro articolo, mentre secondo l'articolo francese ciò avviene due

to; e nelle condanne in contraddizione la ritarda sino al momento dell'esecuzione come voleva Gilbert, invece di collocarla al momento della condanna, conformemente alla dottrina di Pothier.

È chiaro che il nostro articolo, quando dice che la morte civile non s'incorre che per l'esecuzione, fa allusione al disparere che vi era su questo punto, e significa che la morte civile non risulta dalla condanna, come i più volevano, ma soltanto dall'esecuzione, come altri pretendevano. Or poichè gli uni e gli altri dicevano pure che l'istante medesimo della condanna o dell'esecuzione vedeva nascere la morte civile (sebbene si servissero della parola *giorno*, come fa lo stesso Gilbert), è chiaro che il nostro articolo non ha potuto essere redatto in altro senso (1).

III. — Per la pena di morte, per esempio, il momento nel quale comincia l'esecuzione non è quello in cui il condannato esce dalla prigione per andare al supplizio, ma il momento in cui riceve il colpo mortale; imperciocchè se nel cammino venisse a morire il condannato non si potrebbe dire certamente che la condanna a morte sia stata eseguita, ed in conseguenza non sarebbe incorsa la morte civile.

Riguardo ai lavori a vita ed, alla deportazione è ben diverso. Siccome tutta la durata della pena non è allora che una continuazione dell'esecuzione, e che non si può civilmente morire durante sei, dieci anni, o più, è chiaro che la morte civile s'incorre dal cominciamento stesso dell'esecuzione.

Nel caso de' lavori a vita siffatta esecuzione non comincia secondo noi che dal momento in cui il condannato entra nel bagno; per la deportazione è mestieri considerare il cominciamento della detenzione, la quale, fino a novello ordine, legalmente sostituisce la deportazione reale.

Intanto Toullier (I, 275), Duranton (I, 222), Coin-Delisle (n. 5), Zachariae (I, p. 322), e Valette (sopra Proudhon, I, p. 141), insegnano che l'esecuzione comincia dall'esposizione nel caso di lavori a vita. Noi non ammettiamo questa dottrina.

L'esposizione del condannato, l'operazione cui la quale gli si applicano i ferri, ed il suo trasferimento al bagno non sono che i preliminari dell'esecuzione (2).

que anni dopo la loro esecuzione in effigie; nel prosieguo saranno riportati per intero i due articoli (Nota del traduttore).

(1) Conf. Delvincourt, Duranton (I-221), Coin-Delisle (n. 5), Valette (sopra Proudhon, I, p. 139), Richelot (n. 105), Dalloz (v. Dr. civ., sez. 3), Demolombe (I-217).

(2) L'articolo 52 delle nostre leggi penali stabilisce l'epoca da cui incomincia che incominci ad eseguirsi la condanna; cioè nei detentati dal giorno in cui è diva-

La principale ragione che si fa valere, e che si riteneva come perentoria per la contraria dottrina, è che l'esposizione, secondo l'art. 22 del codice penale, avendo luogo in principio in tutti i casi, da essa comincia l'esecuzione della pena principale. Ma non è questo un errore? Veramente in generale s'incorre la pena accessoria dell'esposizione dal momento in cui s'incorre la pena principale de' lavori a vita; ma da ciò non ne risulta che l'esposizione ed i lavori a vita siano una sola e medesima pena. Sono al contrario due pene distinte, e la prova ne è da una parte che i lavori a vita qualche volta possono aver luogo senza esposizione, e dall'altra che l'esposizione ha pure luogo senza i lavori a vita (poichè, ai termini dello stesso art. 22 del codice penale, ad essa sono assoggettati anche i condannati a lavori a tempo ed alla semplice reclusione); vi han dunque due pene distinte. Inoltre quest'art. 22 del codice penale prescrive che il condannato sarà messo in esposizione *prima di subire la pena*: dunque questa pena è tutt'altro che l'esposizione. — Richelot (I-106) e Demolombe (I-218) sono conformi alla nostra opinione.

IV. — Stante che la morte civile non s'incorre che per effetto dell'esecuzione della sentenza, ne segue che il condannato è capace durante l'intervallo dalla condanna all'esecuzione; che raccoglierebbe le successioni che s'aprissero a suo vantaggio, e che sarebbe valido il suo testamento se egli morisse.

27 [70]. — Le condanne in contumacia non produrranno la morte civile che dopo cinque anni successivi all'esecuzione della sentenza in effigie, nel decorso de' quali può il condannato presentarsi (3).

I. — È questo il caso d'invocare la disposizione dell'art. 2360 [2166] onde stabilire per analogia che il termine di cinque anni si calcola per giorni e non per ore; in questo caso infatti una vera prescrizione comincia a correre contro il condannato, come si osserverà negli articoli seguenti. Noi però non faremo cominciare i cinque anni dal principio del giorno dell'esecuzione, ma per l'opposto dalla fine di questo giorno; perchè

onta irreversibile, pei non distanti dal momento della esecuzione effettiva (Nota del traduttore).

(3) Il nostro articolo 30, che corrisponde all'art. 27 del codice civile, è stato modificato come segue: « Le condanne in contumacia non produrranno la privazione de' diritti civili, che dopo cinque anni successivi alla loro pubblicazione, nel decorso de' quali può il condannato presentarsi (Nota del traduttore). »

primieramente nella prescrizione per regola non si calcola il giorno in cui incomincia, e d'altronde la disposizione del nostro articolo è interamente di favore, e per regola del pari le disposizioni favorevoli, *favores ampliandi*, debbonsi estendere, per quanto la volontà del legislatore lo permette, ed all'opposto debbono restringersi le rigorose. Così, per esempio, se l'esecuzione della sentenza in effigie ha avuto luogo il 15 gennaio 1838, i cinque anni sono cominciati dalla mezzanotte di questo giorno, e si compiranno alla medesima ora del 15 gennaio 1843; se dunque il contumace fosse morto nel detto giorno 15 gennaio 1843, nel corso di questo giorno conformemente all'art. 31 [34] sarebbe morto con l'intero godimento de' suoi diritti civili.

28 [31]. — Durante i cinque anni i condannati in contumacia saranno privi dell'esercizio de' diritti civili sino a che si presentino in giudizio, o vengano nel decorso di questo termine arrestati.

I loro beni saranno amministrati, e le loro ragioni promosse come quelle degli assenti.

SOMMARIO.

- I. Nel caso di contumacia è uopo distinguere tre periodi. — Il nostro articolo è relativo al primo.
- II. Nel corso di questo primo periodo il contumace è privato soltanto dell'esercizio de' diritti civili. In questo caso l'impedimento che ne risulta al suo matrimonio è proibitivo.
- III. Spetta all'amministrazione de' beni del contumace curare che i suoi beni durante questo periodo, e se il contumace ritorna nel corso de' cinque anni, i suoi beni gli vengono restituiti; se poi i cinque anni si compiono prima del suo ritorno, il suo li consegna ai suoi eredi, che in tal caso ne diventano proprietari. — Errore di De'rivatart, il quale pretende che gli eredi hanno diritto a questi beni solo dopo essere scorsi vent'anni dal giorno dell'arresto.
- IV. Dato alla restituzione l'amministrazione de' beni del contumace i beni come se fossero di persona assente, vale a dire che riceveranno al ritorno il 1/3 del reddito.

I. — Nel caso d'una condanna in contumacia che dee produrre la morte civile bisogna secondo la legge distinguere tre periodi.

Il primo è di cinque anni, ed incomincia dal giorno dell'esecuzione fittizia della sentenza.

Il secondo principia dal compimento dei cinque anni, e si prolunga per altri quindici (quindici anni meno qualche giorno; impe-

rocchè questo periodo finisce, secondo l'art. 635 del codice d'istruzione criminale, dopo vent'anni dal dì della decisione (1), ed incomincia, come si scorge, dopo un primo periodo di cinque anni che principia dall'esecuzione per effigie; or la decisione si sarà pronunziata alcuni giorni, e forse alcune settimane prima di siffatta esecuzione; e però ne segue che, allorchando questo secondo periodo comincia, la decisione, che è il suo punto di partenza, conta già una data un poco al di là de' cinque anni, e per conseguenza questo periodo dee durare un poco meno di anni quindici).

Il terzo periodo comprende tutto il tempo che decorre dallo spirare del secondo fino alla morte del condannato.

Durante il primo periodo il condannato conserva la vita civile.

Durante il secondo è morto civilmente; può soltanto, presentandosi, riacquistare la vita civile per l'avvenire, ma la prima sentenza conserva tutti gli effetti che ha prodotti.

Da ultimo, cominciato il terzo periodo, lo stato di morte civile diviene immutabile; il condannato ha prescritto in questo caso contro la società il diritto che essa avea di perseguitarlo a causa del suo delitto; e reciprocamente la società ha prescritto contro di lui il diritto di chieder giustizia e farsi contraddittoriamente giudicare, come lo poteva durante il primo ed il secondo periodo.

II. — Nel corso del primo periodo, che è di cinque anni e comincia dall'esecuzione in effigie, il condannato, secondo il nostro articolo, è privato soltanto dell'esercizio de' diritti civili, ma ne conserva il godimento; questa semplice privazione dell'esercizio però gli impedisce di fare alcun atto civile, poichè fare un atto civile vale esercitare un diritto civile. Egli dunque non disporrebbe validamente, per testamento, non potrebbe fare nè ricevere una donazione tra vivi; trovasi in uno stato d'interdizione legale.

Ma potrebbe maritarsi? Relativamente al matrimonio v'hanno, come osserveremo in seguito, due sorte d'impedimenti: *proibitivi* e *dirimenti*. L'impedimento dirimente è una causa di nullità del matrimonio che si è contratto non ostante la sua esistenza. L'impedimento proibitivo, al contrario, si oppone pure alla celebrazione del matrimonio, ma se per negligenza dell'ufficiale dello stato ci-

(1) L'articolo del codice d'istruzione criminale francese citato dall'autore è relativo alla prescrizione delle pene pronunziate in materia criminale; perchè possa farvi giusta valutazione della dottrina che annunzia sul proposito in quanto alla sua compatibilità colle nostre leggi, cominciamo dal trascrivere l'articolo francese, che farem seguire da quelli che vi corrispondono nelle nostre leggi di procedura penale, onde se ne scorga a colpo d'occhio la differenza: nel primo il legge quanto segue: — « le pene pronunziate da decisioni o

« sentenza rendute in materia criminale si prescrivono » ranno col decorso di vent'anni a contare da la data » e delle decisioni o sentenze. » — Nell'art. 613 della » citata nostra legge al contrario è detto: — « Non si » prescrivono mai le condanne a pena di morte né a » pene di ergastolo, o del quarto e terzo grado de' ferri. » — E nell'art. 614 si soggiunge: — « Le condanne » a pene criminali in forza delle pene indicate nell' » articolo precedente, si prescrivono in vent'anni. » » (Nota del traduttore).

vile o per fiore d'un individuo fosse stato celebrato, l'esistenza di questo impedimento non è sufficiente a farlo annullare; esso rimane valido.

Ora noi crediamo che la privazione dell'esercizio de' diritti civili, di cui parla il nostro articolo, non costituisce che un impedimento proibitivo. Infatti la nullità d'un matrimonio può soltanto essere pronunziata per le cause formalmente indicate dalla legge, e non esiste alcuna legge che ne dichiari la nullità per questa causa. Dunque il matrimonio di questo contumace, celebrandosi, benchè proibito, sarebbe valido.

III — Se s'interpretasse alla lettera e senza alcuna modificazione la disposizione del secondo comma del nostro articolo, si giudicherebbe che sia necessario applicare in tal caso tutte le regole del titolo degli assenti, il che sarebbe un errore. Infatti, secondo le prescrizioni di questo titolo, quando una persona è dichiarata assente i suoi eredi presuntivi possono ottenere la immissione provvisoria in possesso de' suoi beni; mentre nel caso nostro, secondo gli art. 466 secondo comma, 471, 472, e 473 del codice d'istruzione criminale, spetta all'amministrazione de' demani prender cura de' beni del condannato, salvo il rendiconto che essa in seguito dovrà presentare a chi di diritto. Alcuni scrittori dapprima avevano opinato che la cura de' beni non spettava all'amministrazione del demanio; ma se così fosse perchè l'art. 472 d'istruz. crim. richiederebbe che si trasmetta la decisione ne' tre giorni dalla sua pronunziazione all'amministratore dei demani? Perchè secondo l'art. 473 appartiene all'autorità amministrativa e non alla giudiziaria, cioè al tribunale civile, il de-

terminare il sussidio che può accordarsi alla famiglia del contumace? È dunque evidente, e da niuno oggi si nega, spettare al demanio l'amministrazione de' beni del contumace (1).

Avrà fine però siffatta amministrazione o per la comparsa in giudizio del contumace innanzi che spiri il nostro primo periodo di cinque anni, perchè allora costui sarà restituito nel possesso de' suoi beni secondo l'art. 29 [32] (2), o per lo spirare di questo periodo di cinque anni prima di presentarsi il contumace, perchè giusta l'art. 27 [30] (3) la morte civile ha luogo per lo spirare di questi cinque anni, e per conseguenza i beni passano in tutta proprietà ai suoi eredi, ai termini del primo comma dell'art. 25 (4). E però il demanio non ne avrà giammai l'amministrazione per più di cinque anni, e sempre restituirà i beni, o prima de' cinque anni al condannato medesimo, o al termine di questi cinque anni agli eredi di costui.

Ciò prova che l'art. 471 testè citato del cod. d'istruz. crim. (5) non dee nel caso di morte civile applicare in tutta la sua estensione, poichè secondo quest'articolo il conto del sequestro non sarà renduto che dopo il termine accordato per purgare la contumacia, vale a dire dopo vent'anni dalla decisione giusta l'art. 635 del cod. d'istruz. crim. (6), mentre nel caso nostro sempre ne' cinque anni avrà luogo la restituzione.

Alcuni autori intanto, specialmente Delvincourt, insegnano che quest'art. 471 del codice d'istruz. crim. si deve applicare in tutta la sua estensione; e la ragione che ne adducono si è che non può ammettersi che l'individuo colpito di morte civile al compier-

(1) Le disposizioni del codice francese d'istruzione criminale citate in que' termini dall'autore non sono state riprodotte nelle nostre leggi di procedura ne' giudizi penali, che non attribuiscono nessuna ingerenza all'amministrazione de' demani ne' beni del reo contumace; solo avventurando lo stesso di quello che ora prescrive la legge francese durante l'impero de' la medesima tra noi; imperciocchè, pubblicato il codice civile, e surta questione sull'amministrazione di detti beni, con potere del consiglio di stato del 19 agosto 1839, approvato il 20a dicembre detto, si prescrisse tra l'altro che fossero amministrati a profitto dello stato dall'amministrazione de' demani a suo all'immissione in possesso che avrebbero potuto reclamarne gli eredi. Nelle citate nostre leggi di procedura penale non vi sono altre disposizioni che si riferiscano a quella in esame delle leggi civili, tranne gli art. 466 e 467, nel primo de' quali si legge: « L'annotazione all'albo de' rei assenti produrrà i seguenti effetti: 1. il reo sarà considerato come esule da tutto il territorio del regno; 2. rimarrà sospeso da ogni diritto di cittadinanza, e interdetti della facoltà di fare ogni atto legittimo col quale possa contrarsi obbligazione. — « Gli effetti suddetti cesseranno subito che l'iscripto si diverrà presente al giudizio: — e nell'ultimo comma del secondo: — « L'iscrizione nell'albo de' rei as-

« senti costituisce un titolo indubitato della prova « dell'assenza. Il giudizio ne' tribunali civili relativo « mente a' rei assenti sarà fatto colle stesse forme che « si praticano ne' giudizi degli assenti, escluse quelle « che sono ordinate alla prova dell'assenza. Questa « prova si fa per compiutamente fatta con la iscri- « zione nell'albo. » (Nota del traduttore).

2. Il nostro art. 32, corrispondente all'art. 26 francese, ne differisce in quanto è stato necessario adattarlo alle modificazioni portate da quest'ultimo circa gli effetti delle condanne in contumacia, come vedremo in prosieguo (Nota del traduttore).

(3) Si ripete anche qui ciò che si è detto colla nota precedente. Veggasi a dappiù la nota (3) pag. 106. (Nota del traduttore.)

(4) Soppresso nelle nostre leggi. (Nota del traduttore).

(5) Veggasi quanto si è detto colla precedente nostra nota (1) di questa pagina, che s'intende sempre ripetuto nel prosieguo finchè l'autore si occupa delle citate disposizioni del codice francese d'istruzione criminale, senza che vi sia bisogno di altra ripetizione (Nota del traduttore).

(6) Veggasi la precedente nota (1) pag. 107 (Nota del traduttore).

si de' cinque anni dopo l'esecuzione fittizia, il quale però nel corso del secondo periodo si presenta e fa dichiarare la sua innocenza, fosse ridotto alla mendicizia, mentre i suoi eredi tranquillamente si godrebbero il suo patrimonio.

L'argomento come si vede non ha forza in diritto; e le disposizioni della legge non si distruggono con considerazioni più o meno commoventi. Una sola cosa avrebbe dovuto fare Delvincourt, cioè provare che l'art. 471 del codice d'istruz. crim. deroga i nostri art. 27 [30] e 25 primo comma (1); ma il contrario è evidente.

L'art. 471 cod. d'istruz. crim. contiene una disposizione generale, e si occupa di tutti i casi di contumacia, al pari degli articoli che lo precedono e lo seguono, come ancora dell'intero capitolo cui appartiene, il quale è intitolato: *delle contumacie*. All'opposto i nostri art. 25 e 27 (2) sono speciali per la contumacia in morte civile, e sono allogati in una sezione che particolarmente tratta della morte civile, e ne spiega gli effetti; quindi *specialia generalibus derogant*.

Chiunque vorrà, spogliandosi d'ogni prevenzione, volgere uno sguardo alla nostra sezione da una parte, e dall'altra al capitolo del codice d'istruz. crim. di cui parliamo, tosto si accorgerà che se il legislatore nell'art. 471 cod. d'istruz. crim. sembra mettersi in contraddizione con ciò che avea detto nel codice civile, la ragione ne è che, statuendo regole generali per le differenti contumacie, egli ha dimenticato il caso tutto speciale ed eccezionale di contumacia in morte civile.

Un articolo susseguente di questo medesimo capitolo chiaramente glielo proverà. Vedrà infatti che nell'art. 476 dello stesso codice d'istruz. crim. (3), il legislatore,

sempre preoccupato da tali regole generali e da ciò che più frequentemente avviene, detta anche una disposizione che si troverebbe falsa in caso di morte civile; ma che, accorgendosi d'una tale inesattezza, si corregge con un secondo comma, nel quale ricorda pure i principj stabiliti nella nostra sezione, e contraddice anche ciò che ha detto nell'articolo 471; imperocchè dichiara che nel caso in cui si presenta il contumace dopo i cinque anni dalla esecuzione fittizia, la morte civile nella quale è incorso conserverà i suoi effetti; or tra gli effetti della morte civile, siccome abbiamo veduto all'art. 25 (4), annoverasi quello di rimanere spogliato di tutti i suoi beni colui che ne è colpito.

Ma in qual modo mai Delvincourt avrebbe esaminata la quistione senza prevenzione, e gli il quale confessa che, *anche sotto l'impero del solo codice civile*, prima che fosse esistito questo art. 471, prima per conseguenza che potesse scorgere nella legge alcuna contraddizione *solo apparente* alle disposizioni degli art. 25 e 27 [30] (5), aveva già l'opinione che combattiamo, opinione nella quale dice essere stato *confermato* dall'art. 471 d'istruz. crim.?

Delvincourt dovea, per essere conseguente, spingersi molto più innanzi. Egli concede che le successioni devolute al contumace dopo il termine de' cinque anni sono irrevocabilmente acquistate da coloro che le hanno raccolte in sua vece; ma ciò non è in contraddizione col suo principio d'umanità? Supponiamo che uno de' figli d'un padre dovizioso sia condannato in contumacia ad una pena che produca la morte civile, il quale al compiersi de' cinque anni dall'esecuzione non si sia presentato, e che suo padre muoia qualche anno dopo. Se in seguito egli ritorna e fa di-

(1) Il nostro articolo 30, corrispondente al primo di quelli citati dall'autore, ne ha riformato il tenore, giustifica la nota (3, pag. 106 ed il secondo è stato soppresso nelle nostre leggi. (Nota del traduttore.)

(2) Vedesi la nota precedente. (Nota del traduttore.)

(3) All'articolo francese citato dall'autore corrisponde lo stesso modo il nostro art. 475 delle leggi di procedura penale: e, perchè possa vedersi che l'uno dall'altro differiscono, qui li riportiamo. Il primo è così concepito: « Se l'arrestato si costituisce prigioniero, o se è arrestato prima che la pena sia cessata per virtù della prescrizione, la sentenza reclusiva in contumacia e le procedure fatte contro di lui dopo il mandato di arresto o di presentazione, resteranno annullate di pieno diritto, e si procederà riguardo al medesimo nella forma ordinaria. — Se però la condanna in contumacia era di natura tale da produrre la morte civile, e se l'accusato non è stato arrestato o non si è presentato che dopo i cinque anni successivi all'esecuzione della sentenza contumaciaria, lo stesso, in conformità dell'art. 30 del codice civile, conserverà, per lo passato, gli effetti che la morte

civile avrebbe prodotti nell'intervallo passato dato a spirare de' cinque anni sino al giorno della comparsa dell'accusato in giudizio; » — ed il secondo: « Tutte le volte che il contumace anche dichiarato pubblico nemico pervenga nelle mani della giustizia, il giudizio contumaciario si avrà come non fatto. Egli verrà subito interrogato, e si procederà al giudizio nelle forme o di rito ordinario, o di rito speciale, secondo la diversità della competenza. — Non avrà diritto il contumace a chiedere compenso de' danni ed interessi a lui cagionati per effetto del giudizio contumaciario, nè potrà attaccar gli effetti legali dell'annullazione o dell'assenti, o della condanna o in contumacia, qualunque sia l'esito del nuovo giudizio, ancorchè fosse di libertà assistita. » (Nota del traduttore.)

(4) Soppresso nelle nostre leggi. (Nota del traduttore.)

(5) Come già si è detto il primo degli articoli citati dall'autore è stato soppresso nelle nostre leggi, ed il secondo è stato modificato dall'art. 39 delle medesime. (Nota del traduttore.)

chiarare la sua innocenza, secondo le prescrizioni del codice (che Delvincourt in questo caso non ardisce combattere), a questo figliuolo non ispetterà nulla de' beni di suo padre, de' quali esclusivamente godranno i suoi fratelli, ed a lui forse toccherà andar pitocando, malgrado l'immenso patrimonio al quale avea diritto. Una siffatta circostanza non meritava forse le cure di Delvincourt? E perchè egli dunque emette una decisione contraria per questo caso? La sola risposta a darsi è che, spingendoci ne' campi dell'arbitrio, bisogna che ci fermiamo in un luogo, quando anche a ciò non fossimo determinati da alcuna logica ragione.

Delvincourt termina la sua discussione dicendo che per fargli abbracciare l'opinione che sosteniamo sarebbe mestieri mostrargli una disposizione così chiaramente redatta che non ammettesse l'opinione contraria.

Leggasi dunque la legge: « Per effetto della morte civile [art. 25 primo comma (1)] si apre la successione del condannato, ed è spogliato di tutti i suoi beni che passano ai suoi eredi. » Non è chiaramente redatta? E poscia: « le condanne in contumacia (art. 27 [30] (2)) produrranno la morte civile dopo cinque anni successivi alla esecuzione della sentenza in effigie. » Non è del pari chiaramente redatta?

Quanto a noi siffatte disposizioni ci sembrano chiarissime, e insieme con Delvincourt sinceramente deplorando i tristi ed iniqui effetti che possono produrre, siamo costretti a riconoscerne la forza e dire: *Dura lex, scripta tamen*.

IV. — I beni del contumaces saranno dunque restituiti, e sarà renduto conto dell'amministrazione, o a lui medesimo, presentandosi durante i cinque anni dall'esecuzione della sentenza fittizia, o, non comparendo al termine de' cinque anni, a coloro che saranno suoi eredi in questo tempo. Del rimanente siffatti beni, benchè amministrati dal demanio, non pertanto si amministreranno come beni di assente, secondo il nostro articolo e l'art. 471 del cod. d'istr. crim. (3). Da ciò ne risulta che il demanio, senza poter amministrare (notate) a pro dello stato, poichè il conto deve rendersi al contumace o ai suoi eredi, potrà nondimeno ritenersi la

quota delle rendite conceduta dall'art. 127 [133] su' beni d'un assente a coloro che ne hanno la provvisoria immissione in possesso o la legale amministrazione.

Or, combinando le disposizioni della nostra sezione con quest'art. 127 [133], è chiaro che nel caso di cui parliamo al demanio spettano sempre i quattro quinti delle rendite. Quest'articolo infatti prescrive che si restituisca un quinto e gli altri quattro si ritengano, quando il rendiconto ha luogo ne' quindici anni dal dì in cui è scomparso l'assente; or nel caso di morte civile siffatto rendiconto, come abbiamo veduto, avrà sempre luogo al più tardi alla fine del quinto anno.

29 [32]. — Quando il condannato in contumacia si presenterà volontariamente nei cinque anni, da computarsi dal giorno dell'esecuzione, o quando verrà in questo termine arrestato e carcerato, la sentenza sarà annullata di pieno dritto; l'accusato sarà restituito nel possesso de' suoi beni, e nuovamente giudicato; e se colla nuova sentenza egli è condannato alla medesima pena o ad una pena diversa che porti egualmente la morte civile, essa non avrà luogo che dal giorno dell'esecuzione della seconda sentenza (4).

I. — L'equità richiede, ed è anche un principio del diritto civile, che l'individuo giudicato senza essere stato inteso possa farsi giudicare di nuovo. Siffatta regola nel caso nostro si applica al contumace, il quale presentandosi ne' cinque anni depone la qualità di condannato che avea, e riprende quella di semplice accusato. La prima sentenza si ha come non avvenuta, è annullata anche retroattivamente; il passato è dimenticato, e si ricomincia il giudizio come se nulla fosse stato fatto. Se dunque questo nuovo accusato è condannato ad una pena che produce la morte civile, è chiaro che costui non incorrerà nella morte civile, conformemente ai principj stabiliti, per virtù dell'esecuzione di quest'ultima sentenza.

Tuttavia non si annulla il tutto, ma rimane una cosa, di cui restano fermi gli effetti, ed

(1) Soppresso nelle nostre leggi. (Nota del traduttore).

(2) L'articolo nostro ha modificata la disposizione dell'articolo francese, come più volte abbiamo osservato, in quanto alla non ritenuta esecuzione in effigie. (Nota del traduttore).

(3) Veggasi la nota (1) pag. 108 (Nota del traduttore).

(4) L'articolo nostro indicato in corrispondenza dell'articolo francese ne differisce per quanto è stato mestieri adottar quest'ultimo a' principj ritenuti nella nostra legislazione relativamente all'effetto delle con-

danne contumaciali ed all'abrogata morte civile; ne trascriviamo perciò il tenore: « Quando il condannato in contumacia si presenterà volontariamente fra i cinque anni dal giorno della pubblicazione della sentenza, o verrà in questo termine preso e carcerato, la sentenza sarà annullata ipso jure: l'accusato sarà restituito nell'integrità de' suoi diritti, e nuovamente giudicato. La nuova sentenza che sarà proferta, quando anche fosse conforme alla prima, non produrrà effetto che dal giorno della sua esecuzione. » (Nota del traduttore).

è l'interdizione della quale era colpito il contumace. Senza dubbio presentandosi cesserà questa interdizione, ma non retroattivamente; di tal che tutti gli atti che avesse fatti durante tale interdizione sarebbero e rimarrebbero nulli; imperocchè la cessazione di questa interdizione non può confermare atti che legalmente non hanno esistenza.

Invano direbbesi che la sentenza col presentarsi del contumace rimanendo annullata, costui è fino alla prova contraria, vale a dire fino ad una nuova sentenza di condanna, reputato innocente, e per conseguenza riguardato come se avesse avuto sempre la pienezza de' suoi diritti, in guisa che gli atti che ha fatti non erano nulli che solo in apparenza, e per lo fatto posteriore si trovano essere stati validi.

Ciò sarebbe vero se la privazione dell'esercizio de' diritti civili fosse una conseguenza della condanna in contumacia pronunziata contro di lui, e la pena del delitto pel quale questa sentenza l'avesse condannato; ma la cosa non procede affatto così; tale privazione, come può scorgersi dall'art. 465 del codice di istruz. crim., è stata la conseguenza dell'ordinanza renduta dal presidente della corte d'assise, giusta il prescritto da questo medesimo articolo (1); è la punizione per essersi mostrato ribelle alla legge non presentandosi alla giustizia. Dunque si è commesso un errore allorché quando si è scritto « che gli atti che egli ha potuto fare, durante la contumacia che lo poneva in istato d'interdizione legale, riprendono tutta la loro forza. »

II. — Havvi pure un caso nel quale la stessa sentenza di condanna riprenderebbe la sua forza e continuerebbe a produrre i suoi effetti, ed è quello in cui il contumace dopo essersi presentato sparisse di nuovo prima d'essere stato giudicato.

Infatti presentarsi alla giustizia per indi subito assentarsi non è quella comparsa che intende la legge; ciò che la legge domanda per annientare gli effetti della prima sentenza evidentemente riducesi ad una comparsa affin di essere contraddittoriamente giudicato, e non a comparse successive che avessero per iscopo d'aggiungere un secondo termine di cinque anni al primo, e poscia un terzo al secondo. Colui dunque il quale in tal modo

si assenta prima d'essere giudicato non adempie la condizione sotto di cui la legge accorda l'annullamento della prima sentenza; e per conseguenza la sentenza stessa non è annullata. Comparire per indi subito sparire è lo stesso che fare una comparsa derisoria, e la legge non per sollazzo e per ridere, ci si perdoni l'espressione, stabilisce le sue disposizioni.

Non insistiamo su ciò perchè un distinto criminalista, il signor Carnot (sull'art. 476 del codice d' istruz. crim.), insegna che in questo caso il termine di cinque anni ricomincia a correre dal giorno dell'esecuzione in effigie della seconda sentenza. Il contrario sembra incontestabile tanto al signor Legraverend che a noi, e di più la nostra dottrina è stata adottata da un arresto di cassazione del 18 vendemmiale anno XIV.

Risulta da ciò che quando il contumace in tal modo si assenterà non vi sarà nessuna utilità di pronunziare una seconda sentenza, poichè dall'esecuzione della prima continuerà a correre il termine di cinque anni.

30 [33]. Quando il condannato in contumacia, che non si sarà presentato o non sarà imprigionato se non dopo i cinque anni, sarà con una nuova sentenza assoluto o condannato ad una pena la quale non produca la morte civile, rientrerà in tutti i suoi diritti civili pel tempo avvenire, e dal giorno in cui sarà comparso in giudizio: ma la prima sentenza conserverà gli effetti che avea prodotti la morte civile nell'intervallo decorso dopo la scadenza de' cinque anni sino al giorno della sua comparsa in giudizio (2).

SOMMARIO.

- I. Secondo passato. — L'articolo si applica non solo al caso di assoluzione, ma ancora, e principalmente, a quello in cui si sia dichiarata l'innocenza.
- II. L'articolo, concernendo anche nel caso di dichiarazione d'innocenza, gli effetti anteriormente prodotti dalla morte civile, esprime una iniquità che non aveva luogo sotto l'impero dell'antico diritto.
- III. Del pari in questo secondo periodo la semplice comparsa in giudizio restituisce la vita civile; e quando anche la seconda sentenza produca morte civile, l'assoluzione nell'intervallo tra la comparsa in giudizio a questa seconda sentenza gode la vita civile.
- IV. La morte civile, una volta incorsa, non cessa giammai d'aver luogo

(1) Nessun articolo della nostra legge di procedura penale corrisponde a quello del codice francese d'istruzione criminale dall'autore citato; diverse sono le forme e le conseguenze che dalle dette nostre leggi promanano pel giudizio de' rei assenti: lo quanto alle ultime reggasi la nostra nota (3. pag. 108. (Nota del traduttore).

(2) Anche quest'articolo del codice francese ha dovuto esser modificato ne' termini del corrispondente nostro art. 33 per adattarlo alla nostra legislazione; ecco il tenore di quest'ultimo: — « Quando il condannato

a dato in contumacia siasi presentato, o sia stato cercato dopo i cinque anni, benchè con una nuova sentenza fosse assoluto, o condannato ad una pena la quale non produca la privazione de' diritti civili, rientrerà nel godimento de' suoi diritti civili pel tempo avvenire, e dal giorno in cui sia comparso in giudizio: ma la prima sentenza conserverà per lo passato gli effetti che avea prodotti nell'intervallo decorso dopo la scadenza de' cinque anni sino al giorno della sua comparsa in giudizio. » (Nota del traduttore).

- che pel solo tempo avveniva. — Ottese di tale riordinamento civile e della istituzione della stessa morte civile.
- V. Questo riordinamento civile non ristabilisce affatto il matrimonio, ma solo se rende possibile con esso con la medesima persona.
- VI. Ristabilisce però tutti i vincoli civili di parentela che la morte civile aveva sciolti.
- VII. Inoltre permette al condannato di poter riunire, mediante una legittimazione ed un semplice riconoscimento, e' figli che ha avuti durante la sua morte civile; gli stessi però non gli si riconoscono di pieno diritto.

I. — Quest'articolo, come è chiaro, è relativo al secondo periodo.

L'epiteto *assoluto*, che il medesimo impiega, adesso è inesatto. Certamente il legislatore ha avuto in vista ogni caso, ed anche piuttosto quello di dichiarazione d'innocenza che l'altro più raro di assoluzione. Tra la dichiarazione di non esser colpevole (*acquittement*) e l'assoluzione ha vi questa grandissima differenza, che la prima è pronunciata quando un accusato è dichiarato non colpevole, mentre è assoluto quando è dichiarato colpevole, ma d'un fatto che non è punito da alcuna legge (art. 364. istr. crim.) (1).

Il legislatore, lo ripetiamo, e le parole che seguono nell'articolo lo provano abbastanza, ha voluto parlare in modo generale de' casi in cui l'individuo non sarebbe condannato, o pure lo sarebbe ad una pena che non producesse la morte civile. Ciò è completamente provato da una semplice osservazione storica: Nell'antica giurisprudenza la parola *assoluzione* (*absolution*) era usata per indicare tutti i casi in cui l'accusato era liberato dall'accusa diretta contro di lui. Questo vocabolo nel 1789 disparve dal linguaggio giuridico, senza dubbio a causa della sua fisionomia religiosa, e fu surrogato dalla parola *acquittement*. Posteriormente al codice civile, nel 1810, quando fu redatto il codice d'istruzione criminale, l'antico vocabolo fu di nuovo usato, ma col significato speciale che abbiamo testè notato. Dunque, allorché il redattore del codice civile lo ha adoperato nel nostro articolo, torna evidente che gli ha attribuito il senso generico che avea prima, poichè il secondo non esisteva ancora.

II. Nel nostro antico diritto (V. Pothier, *trattato delle persone*, t. III. sez. 2), la sentenza con cui si pronunciava l'assoluzione (*acquittement*) quand'anche avesse avuto luogo dopo i cinque anni dall'esecuzione della sentenza per contumacia, annullava interamente gli effetti di quest'ultima, e faceva re-

putare non avvenuta la morte civile incorso anteriormente. Ciò era giusto e ragionevole, imperocchè qual cosa più iniqua ed antilogica che quella di conservare gli effetti d'una condanna criminale pronunciata contro un infelice il quale più tardi prova e fa dichiarare la sua innocenza?

Per abbattere intanto questa disposizione dell'antica legislazione fu compilato il nostro art. 30 [33] (2), il quale prescrive che dopo i cinque anni il contumace, quand'anche ottenesse una sentenza con cui fosse dichiarato non colpevole, non potrà rientrare nella vita civile che per l'avvenire ed a cominciare soltanto dal giorno della sua comparsa in giudizio.

III. — Del resto quest'articolo è incompleto; esso certamente ci dice quel che succederà se il contumace non è condannato ad una pena che produce la morte civile: ma nulla poi ci fa conoscere intorno al caso contrario. Che dunque decisi decidere in questo silenzio della legge? Bisogna dire che egli continuerà ad esser morto civilmente e che non ha cessato giammai di esserlo; o pure si dirà che è stato renduto alla vita civile per effetto della sua comparsa, e che la morte civile, conseguenza della seconda sentenza, ricomincia per lui dall'esecuzione di questa ultima sentenza? In altri termini la vita civile gli è renduta per effetto della semplice comparsa in giudizio, ovvero la legge attribuisce quest'effetto alla comparsa in giudizio seguita da una sentenza che lo dichiara non colpevole?

L'importanza di siffatta questione è chiara, 1.° per tutti gli atti fatti dall'individuo nello intervallo scorso dopo la sua comparsa in giudizio fino alla sentenza che lo condannerebbe; 2.° relativamente al suo testamento nel caso che morisse in tale intervallo.

La questione ci sembra facile ad essere risolta.

Infatti, 1.° un individuo che è semplicemente accusato non può già essere colpito di morte civile; or per effetto della sua comparsa in giudizio il contumace, deponendo la qualità di condannato che egli avea, riprende quella di semplice accusato, ed un nuovo giudizio s'incomincia contro di lui. Or sembraci che sarebbe un assurdo il dire che è un morto colui contro del quale s'istruisce un processo; un *morto civilmente* colui contro

(1) Il caso di assoluzione di cui parla l'autore corrisponde in certo modo a quello dell'art. 445 delle nostre leggi di procedura penale, per cui nello studio del giudizio relativo alla sottoposizione all'accusa vien disposto tra l'altro che se il fatto risultante dalla istruzione non era dalla legge qualificato per reato, se l'azione penale era estinta, debba vietarsi ogni ulteriore procedimento contro l'imputato: — il caso poi di dichiarazione d'innocenza può verificarsi, o quando altrettanto abbia luogo per virtù del citato articolo se

la innocenza dell'imputato risulti chiara dagli atti, o quando a norma degli art. 272 e 273 delle leggi medesime, apertasi la pubblica discussione, vien pronunziato il verdetto che non a favore dell'accusato, o il non costa, s'uglio dal decorso del biennio senza di altre prove, giusta il detto art. 277, nonchè giusta gli art. 289, 281 e 282 delle leggi stesse (Nota del traduttore.)

(2) Vcd. la nota (2) pag. 111. (Nota del traduttore.)

del quale si chiede una sentenza il cui effetto sarebbe di farlo morire civilmente.

2.° Il risultato che la teoria della legge pare ci ricordi, sol perchè vuole che s'istruisca un nuovo processo dal momento della comparsa in giudizio del contumace, può anche dedursi dal nostro articolo per un'altra via. Quest'articolo infatti vuole che il contumace, l'innocenza del quale è stata dichiarata dalla sentenza, sia restituito alla vita civile dal giorno della sua comparsa in giudizio; ma se un contumace muore nel corso del giudizio, e prima d'aver provato la sua innocenza, che egli era però (lo supponiamo) nel caso di dimostrare, non è forse giusto e conforme allo spirito della legge che lo stesso non sia reputato morto colpevole, poichè era un semplice accusato, e la sua innocenza sarebbe ben tosto riconosciuta? In tutti i casi, ed anche in quello in cui l'accusato non potesse provare la sua innocenza, per regola generale debesi presumere l'innocenza e non la reità; e siccome il contumace per effetto della sua comparsa in giudizio acquista il diritto di farsi giudicare, così debesi presumere innocente fintantochè non si provi il contrario. Dunque se la legge nulla dice su tale questione, il suo spirito però vi risponde a sufficienza.

3.° Da ultimo se il nostro articolo testualmente non ci offre questa soluzione, essa si rinviene in un altro, nell'art. 476 del codice di istruzione criminale (1). Quest'articolo, di cui abbiamo parlato sotto l'art. 28 [31], primariamente ci offre una proposizione generale e relativa a tutti i casi di contumacia, per farci conoscere che quando il condannato si presenterà in giustizia ne' venti anni dalla data della decisione, la sentenza per contumacia sarà annullata; e poi, siccome questa proposizione sarebbe falsa nel caso particolare di contumacia in morte civile, esso la restringe dicendo che per siffatto caso di morte civile la prima sentenza conserverà i suoi effetti, ma solo fino al giorno della comparsa in giudizio; e stabilisce questa proposizione senza distinzione, senza esaminare se la seconda sentenza sia di assoluzione (*acquiescement*) o di condanna. Finalmente è da notarsi che il legislatore stabilendo questa disposizione dice aver ciò fatto conformemente all'art. 30 [33] (2) del codice civile, il che prova contro alla dottrina di alcuni scrittori, che quest'art. 476 non deroga affatto il nostro, e che scrivendolo il legislatore formulava un pensiero che aveva già allorchè redigeva la sezione che spieghiamo.

Tutti gli autori del resto non adottano la soluzione che abbiamo data, e coloro che la rigettano si contentano, senza rispondere alle ragioni che abbiamo indicate, di dedurre dal nostro articolo un argomento a contrario che non ha valore di sorta alcuna. Essi dicono: « Secondo l'art. 30 [33] (3) il contumace sarà restituito alla vita civile quando la sentenza sarà di assoluzione (*acquiescement*); dunque ciò non avrà luogo quando vi sarà una sentenza di condanna.

Siffatto argomento avrebbe qualche forza se il nostro articolo avesse per iscopo di rispondere a questa questione: IN QUAL MODO il contumace riacquisterà la vita civile dopo il corso de' cinque anni? Ma l'articolo, come abbiamo osservato al n. II, è stato scritto per rispondere a quest'altra questione del tutto differente: Il contumace che si farà giudicare innocente, DA QUAL EPOCA sarà restituito alla vita civile? la prima sentenza conserverà o pur no i suoi effetti? Lo scopo dell'articolo è stato di mutare su questo punto l'antica legislazione, che dichiarava non avvenuta la prima sentenza, mentre attualmente conserva gli effetti che aveva prodotti fino al giorno della comparsa in giudizio.

IV. — Abbiamo veduto che, per una derogazione veramente deplorabile agli antichi principj, il contumace per effetto della sua comparsa in giudizio, quand'anche fosse seguita da una sentenza che lo dichiara innocente, non è restituito alla vita civile che pel tempo avvenire. Per conseguenza è sempre vero il dir che è reputato morto agli occhi della legge dallo spirare de' cinque anni fino a siffatta comparsa; di tal che ha luogo un vero *rinascimento civile*. Dunque, come già lo abbiamo dimostrato nel n. III dell'art. 28 [31], i suoi beni, appena scorso il termine de' cinque anni, sono passati agli eredi che egli aveva allora, e continuano ad essere di loro pertinenza; perchè, se è vero che la morte civile non produrrà più alcun effetto, poichè non esiste più, continueranno però ad aver vigore quegli effetti che la stessa ha prodotti durante il tempo nel quale il contumace vi è incorso. Insomma la prima sentenza cessa è vero di produrre i suoi effetti dal dì della comparsa, ma non è affatto annullata, e sono conservati gli effetti anteriormente prodotti.

Su questo punto, bisogna dirlo, dalla disposizione del nostro articolo risulta una ben dolorosa innovazione. Osservate... un innocente è accusato d'un delitto capitale, e le apparenze gli sono talmente sfavorevoli che egli

(1) L'argomento che l'autore deduce dalla redazione dell'articolo 476 del codice d'istruzione criminale non ha valore per noi, attesa la diversa redazione del nostro articolo 475 delle leggi di pro-

Marcadé T. I.

cedura penale che in qualche modo corrisponde al citato articolo 476. (Nota del traduttore).

(2) Ved. la nota (2) pag. 111. (Nota del traduttore).

(3) Ved. la nota precedente. (Nota del traduttore).

erede necessario di sottrarsi alle ricerche della giustizia; è condannato in contumacia, ed al finire de' cinque anni incorre nella morte civile; fin qui tutto va bene. Ma egli si presenta perchè le circostanze son divenute migliori; ed infatti la sua innocenza è completamente dimostrata. Ebbene! non monta, egli subirà gli effetti della morte civile nella quale è incorso; de' suoi beni irrevocabilmente rimarranno proprietari eredi i quali, forse per una infame speculazione erano i primi durante i cinque anni di grazia a rendere impossibile la sua giustificazione! Bisogna confessarlo, è questa una disposizione mostruosa e degna d'un codice di barbari. E per istabilire una similgiante disposizione si sono derogati i veri principj del diritto, sconosciuti gl'insegnamenti del più semplice buon senso, immaginando un risorgimento civile che è ferace d'inestricabili difficoltà.

Ed invero, che diremo del matrimonio di quest'uomo civilmente risuscitato? Sarà valido per la nuova esistenza di lui? .. (1) Il vincolo di parentela che lo univa ai suoi figli, ai diversi membri della sua famiglia, e che è rimasto spezzato allorchando egli è morto, sarà ristabilito subito che rinasce alla vita civile?... I figli che gli sono nati durante la sua morte civile, e che non potevano avere alcun rapporto legale con lui fintanto che egli era morto, ridiverranno suoi congiunti per effetto del suo rinascimento?... Son queste delle quistioni il cui esame sembrerebbe quasi una fola, e non si sarebbero presentate se il legislatore, invece di fare un miracolo civile, avesse dichiarato che la restituzione alla vita civile sarebbe sempre effettuata retroattivamente, reputandosi come non avvenuto il passato. Ignoriamo invero se debba recar più meraviglia la inumanità o il ridicolo del nostro art. 30 [33] (2).

E non solo questo rinascimento civile, questo miracolo legale, ma anche la stessa istituzione della morte civile dovrebbe scomparire dalle nostre leggi. Per rimanerne convinti sono sufficienti poche osservazioni.

Notiamo da prima che la morte civile, benchè stabilita dal codice civile, non è che una istituzione puramente penale: essa ha sempre luogo come conseguenza e come punizione d'un misfatto; bisogna dunque considerarla come una pena. Or bene, noi non esitiamo a dire che la morte civile è la più difettosa pena, e non compensa con alcuna utilità gli enormi inconvenienti che essa offre.

(1) Presso di noi non vi può esser quistione di validità di matrimonio innanzi al fero laicale, appartenendo la decisione di tal quistione esclusivamente al fero ecclesiastico; quindi la quistione che propone l'autore si ridurrebbe presso di noi a questa: se per la ricuperazone de' diritti civili li ma-

Primieramente la morte civile presenta in supremo grado il più grande difetto che si possa rimproverare ad una pena, quello cioè d'essere completamente ineguale ed inestimabile nella sua azione. Di due accusati egualmente colpevoli, e per conseguenza egualmente punibili, che amendue la legge punisce di morte civile pel medesimo misfatto, l'uno che ha un carattere elevato, sentimenti generosi, una posizione onorevole, una famiglia numerosa ed affezionata, relazioni sociali distinte, l'uno, in breve, si trova in tali condizioni che dichiararlo morto civilmente, aprire la sua successione, annullare il suo testamento, sciogliere il suo matrimonio, spezzare i suoi vincoli di parentela, togli ogni facoltà di donare o dirricevere, e circondarlo di tutte le incapacità che risultano dal nostro articolo, è lo stesso che infliggergli la più crudele punizione che sia possibile d'immaginare; per l'altro al contrario, che non ha nulla a perdere, sia sotto il rapporto materiale, sia sotto il rapporto morale, che non conosce altro matrimonio ed altra famiglia che relazioni laide ed ignobili con donne che appartengono sì a lui come ad altri, e figli ai quali non vuole nè può lasciare il suo nome, per costui gli effetti che abbiamo indicati costituiranno una pena estremamente dolce, o piuttosto del tutto indifferente, la quale al certo sarà per lui come non avvenuta, talmente che egli senza dubbio la preferirebbe ad un imprigionamento di sei mesi!

E non solo la morte civile è una pena ineguale, ma agisce eziando (ed è questo un secondo difetto che le precedenti osservazioni fanno notare) in senso inverso della moralità dell'accusato; imperocchè siffatta morte civile precisamente per l'uomo giunto all'ultimo grado di demoralizzazione e di scelleratezza, per l'uomo cui si potrebbe senza pericolo applicare la penultima più rigorosa, ricade una pena veramente insignificante, mentre è una punizione enorme per colui che ha grandezza d'animo e nobili sentimenti. Supponete due accusati politici: l'uno, animato da un vivo desiderio del bene generale pel quale egli dedicava tutto se stesso, non è stato costretto a prendere le armi che dall'esagerazione delle sue idee in se stesse ammirabili; l'altro, vile scellerato, nel rovesciamento dell'ordine sociale non vedea che un mezzo di ladroneccio; ambedue sono condannati alla deportazione, pena che produ-

trimento produca gli effetti civili anche pel tempo intermedio in cui erasi incorso nella privazione dei diritti civili. (Nota del traduttore).

(2) Ved. la nota (2) pag. 111. (Nota del traduttore).

ce la morte civile, e perciò colui che è incomparabilmente meno colpevole sarà punito in un modo incomparabilmente più terribile.

La morte civile, immorale già sotto questo rapporto, lo è ancora sotto un altro aspetto. Notate... La morte civile apre la successione d'un padre a vantaggio de' suoi figliuoli; or bene, delle due cose l'una; o costoro useranno rigorosamente del loro diritto, facendosi certamente disprezzare da ogni uomo onesto, ovvero accetteranno per semplice formula l'ignobile vantaggio che loro offre il nostro codice, e faranno pervenire al loro genitore, eludendo questa legge, le rendite di cui una discreta delicatezza loro vieta d'appropriarsi. Or che si dirà d'una legge alla violazione della quale applaude la coscienza pubblica, mentre la sua esecuzione solleverebbe la indignazione generale? La stessa riflessione si presenta, e con maggior forza, rispetto al matrimonio del condannato. Che sarebhesi detto se nel 1830 la moglie di uno de' ministri del re Carlo X, dimenticando i suoi doveri nel momento in cui divenivano più sacri, avesse abbandonato suo marito per andare a stringere altrove un'unione adultera e disprezzabile, ma che il codice intanto autorizzava? Anche in questo caso in qual modo la legge potrebbe sfuggire al rimprovero d'immoralità?

Finalmente un altro vizio della morte civile consiste nell'essere *extra-personale*, vale a dire che oltre il colpevole colpisce anche altre persone. Così non al solo morto civilmente nuoce l'annullazione del suo testamento, ma bensì al legatario, il quale è del tutto innocente, e per cui tale testamento poteva essere un atto di rigorosa giustizia, la ricompensa di servigi resi, la riparazione di danni cagionati dal testatore. Così del pari, e questo secondo punto è molto più grave, non solo il condannato ma anche il suo coniuge soffre lo scioglimento del matrimonio; or con qual diritto privasi una donna innocente del suo titolo di sposa? Perché le si tolgono i dritti civili della sua unione? Che ha fatto ella mai per ridurla a vivere nel celibato, o a contrarre con altri una unione che la sua coscienza le dice esser colpevole ed adultera, o, da ultimo, se ella rimane con suo marito, come la morale le impone, ad essere una concubina, e meno anche d'una concubina, poichè non dee sperare per i suoi figliuoli, messi al di sotto dei bastardi, neppure il riconoscimento che un padre naturale può dare al frutto d'una illecita relazione?... Si aggiunga, che se della morte civile si fosse fatta una causa di domanda di scioglimento del matrimonio, che per effetto della morte civile la consorte del condannato avesse avuta la facoltà di fare sciogliere il suo

matrimonio e di far pronunziare il suo divorzio, senza dubbio ciò sarebbe stato contrario ai veri principi della morale e del diritto naturale; e lo stesso legislatore lo ha riconosciuto, poichè il divorzio è stato abolito nel 1816 e non è stato ristabilito dopo il 1830; almeno però non vi sarebbe stata alcuna ingiustizia contro la moglie del condannato. Ma fare della morte civile una causa diretta di necessario scioglimento, colpire la consorte innocente, dichiarandola concubina allorchando vuole e dee conservare il suo titolo di moglie, ciò veramente giunge all'apice dell'immoralità e dell'ingiustizia. Che si faccia una legge in certa guisa immorale per punire severamente un gran colpevole è una cosa che si comprende senza potersi giustificare; ma che questa legge spinga poi l'immoralità fino all'iniquità, fino all'assurdo, per punire un innocente, in verità questo è troppo.

Ma senza dubbio una pena che offre tanti e sì grandi difetti non è stata consacrata dal legislatore che per la sua immensa utilità; e questo è certo uno de' mali che si deplorano, ma che l'interesse sociale vieta di sopprimere. Nulla di tutto ciò, assolutamente nulla; e se la morte civile è la più antilogica, la più immorale, e la più iniqua delle pene, essa è nel medesimo tempo la meno utile. Il solo effetto pel quale potrebbe raccomandare, quello di prevenire i delitti, è del tutto o presso a poco di niun momento.

Infatti, primieramente colui il quale non ha timore della morte, de' lavori forzati a vita, o della detenzione perpetua, certamente non sarà sgomentato dal pensiero della morte civile che accompagna tali pene. In secondo luogo gli uomini, di cui soprattutto bisogna preoccuparsi sotto questo rapporto, quegli esseri demoralizzati da' quali più sono a temersi i delitti, sono precisamente, come già lo abbiamo fatto notare, coloro pe' quali la morte civile è perfettamente insignificante. Da ultimo, la morte civile essendo una pena che non si pronunzia, che non ha esecuzione civile, e che non è annunziata da alcun atto esteriore, è presso a poco sconosciuta dall'universale, e ne sanno stimare gli effetti soltanto coloro che han fatto della legge uno studio speciale. E però come mai potrebbe essere una pena esemplare?

Ogni cosa dunque si accorda a domandare la soppressione della morte civile, e non farà meraviglia se nel 1832, al tempo della revisione del codice penale, quando molti deputati chiesero tale soppressione, non si elevò una sola voce a pro d'una istituzione così dispiacevole. La sola ragione che si addusse per non abolirla fu che, la morte civile essendo istituita dal codice civile, ed apparten-

nendo perciò al diritto civile, non doveasene pronunziare l'abolizione in una revisione del codice penale.

Tal considerazione al certo non era di gran momento, ed è doloroso che siasene tenuto conto. Ma infine la necessità di sopprimerla è stata riconosciuta dallo stesso legislatore, e si spera un felice risultato della nuova proposizione che a questo fine il signor Wallon ha depositato su' banchi dell'assemblea nazionale (*seduta di sabato 1.^o dicembre 1849*).

V.—Abbiamo indicato nel numero precedente molte quistioni, senza dubbio delicate, che ora bisogna risolvere.

E da prima, il matrimonio del contumace, morto civilmente pel trascorrimento dei cinque anni di grazia, riacquista osso la sua esistenza legale mediante la vita civile che la comparsa in giudizio restituisce al condannato? La negativa non ci sembra affatto dubbiosa.

Certamento se si adottasse la dottrina insegnata da taluni scrittori, segnatamente da Duranton, non sarebbe stata mestieri neppure di proporre siffatta quistione. Infatti essi scrittori, traendo il loro argomento dal terzo comma dell'art. 227, pretendono che nel caso di morte civile prodotta da condanna in contumacia il matrimonio non rimane disciolto che *dopo venti anni dal dì della decisione*. Ma è questo un errore che trae origine, come osserveremo in seguito, da un leggiero vizio di redazione di quest'art. 227, e che confuteremo quando faremo il commento di quest'ultimo articolo (1).

Ma per la sua comparsa in giudizio dopo i cinque anni il contumace è restituito alla vita civile solo per l'avvenire, e gli effetti che precedentemente ha prodotti la morte civile non sono annullati, art. 30 [33] (2); dunque il matrimonio che è stato disciolto rimane disciolto, e non si rende valido mediante il rinascimento civile (3). E però, affinché questo matrimonio ritornasse ad esistere, avrebbe bisogno d'esser novellamente celebrato; o piuttosto esso non sarebbe più lo stesso matrimonio ma un nuovo matrimo-

nio tra le medesime persone. E, notate bene, affinché tale celebrazione fosse possibile richiederebbsi che la consorte del risuscitato civilmente fosse libera; imperocchè, se costei avesse contratto un nuovo matrimonio, questo matrimonio sarebbe e rimarrebbe valido.

E chiaro che, contraendo in tal modo un matrimonio, il quale a dire il vero è un nuovo matrimonio, i coniugi dovrebbero novellamente stipulare i capitoli matrimoniali, essendo stati irrevocabilmente annullati gli antichi. Se ciò non avesse luogo, eglino, come tutti coloro che si maritano senza contratto matrimoniale, si troverebbero congiunti in matrimonio di pieno diritto sotto il regime della comunione legale, conformemente all'art. 1393 [1347] (4).

VI.—Deesi ristabilire il vincolo che univa il condannato ai suoi parenti, e che è stato sciolto sotto il rapporto legale dalla morte civile?

Secondo noi siffatta quistione dev'essere risolta affermativamente. Infatti questo individuo dopo essere stato restituito alla vita civile non è per nulla un novell'uomo, come alcuni autori hanno scritto; è evidentemente lo stesso uomo; soltanto era morto ed è ritornato in vita. Ma il vincolo di parentela è alquanto più forte di quello del matrimonio. Il vincolo di parentela è, per così dire, incapace d'esser distrutto, e sopravvive in un senso alla stessa morte.

Allorchè muore mio padre egli è vero che io non ho più padre, perchè coi defunti finisce ogni parentela, ma infino il posto di lui, quantunque vacante, non è pertanto concesso ad alcuno, e se egli ritornasse in vita l'occuperebbe di bel nuovo pel solo fatto della sua esistenza o sarebbe sempre mio padre. Al contrario, per la morte del coniuge il vincolo coniugale è distrutto per sempre, ed il posto del defunto rimane libero; un altro può occuparlo, e quand'anco per derogazione alle leggi naturali il marito defunto risuscitasse, egli non sarebbe che un estraneo rispetto a colei che fu sua moglie... Ciò risulta in vero dallo scaldamento della

(1) L'articolo 227 del codice civile dice: — « Il matrimonio si discioglie 1. per la morte di uno dei coniugi 2. pel divorzio legalmente pronunziato 3. per la condanna di uno de' coniugi ad una pena producente la morte civile. » — e l'articolo 216 delle leggi civili corrisponde al solo num. 1 dell'articolo francese, ed è così concepito: — « Il matrimonio si discioglie per la morte di uno de' due coniugi. » — quindi la disposizione che cita l'autore non è stata riprodotta nelle nostre leggi, ed è perciò che nel testo non abbiamo indicato confronto tra la prima e le seconde. (*Nota del traduttore*).

(2) L'articolo nostro ha adattato alla nostra le-

gislaione la disposizione dell'articolo francese. Vedasi la nota (2) pag. 111. (*Nota del traduttore*).

(3) Presso di noi, come risulta dalla precedente nota (1), il matrimonio non si scioglie per la privazione de' dritti civili, nella quale siasi incorso, solamente diventa improduttivo di effetti civili. (*Nota del traduttore*).

(4) Ciò che in questo luogo dice l'autore è inapplicabile per noi, perchè la privazione de' dritti civili per le nostre leggi non scioglie il matrimonio, giusta quanto abbiamo ripetuto nella precedente nota, e quindi il coniuge del condannato non potrebbe in alcun caso contrarne un altro. (*Nota del traduttore*).

nostra natura, ciò è una conseguenza dell'essersi permessi i secondi e susseguenti matrimoni, mentre secondo lo stretto diritto naturale dovrebbero essere vietati (1); ma infine bisogna contentarsi della nostra natura tal quale essa è.

Havvi dunque tra i due casi una grande differenza, ed allorchando il condannato sarà restituito alla vita civile, benchè il suo matrimonio non ritorni ad esser valido (2), egli nulladimeno si troverà legalmente vincolato a tutti coloro rispetto ai quali la sua parentela era stata civilmente spezzata.

VII. — Ci rimane ora a vedere quel che bisogna decidere relativamente ai figliuoli che il condannato avesse avuto durante la sua morte civile, e qual sarà per essi l'effetto del rinascimento civile del padre loro.

Sembra a prima vista, volendosi attenere al rigore de' principj, che dovrebbero dire che questi figliuoli, essendo nati durante il tempo in cui il loro genitore era morto agli occhi della legge, e per conseguenza nell'impossibilità d'aver alcun figliuolo, sono e saranno sempre reputati di non esistere rispetto a lui, e gli rimarranno sempre estranei.

Siffatta proposizione intanto non ci pare ammissibile; essa sarebbe una conseguenza troppo severa delle disposizioni della legge, le quali bene interpretate ci condurranno ad un risultato più umano.

Infatti legalmente non vi è al certo alcun rapporto possibile tra un figlio ed il padre sino a che dura la morte civile di costui; imperocchè se nel fatto questo figlio ha suo padre, in diritto e legalmente parlando costui non esiste. Ma da che il padre è stato restituito alla vita civile, la sua esistenza legale concorrendo d'allora in poi con la sua esistenza fisica, il figlio da questo momento può dire che ha un padre vivente, e vivente agli occhi della legge; dunque dal detto momento i rapporti legali di paternità e di filiazione sono possibili tra loro, e questo figlio può d'allora in poi essere legittimato o riconosciuto.

Diciamo che può essere legittimato o riconosciuto; imperocchè egli legalmente non acquisterà alcun rapporto con suo padre per ciò solo che abbia costui ricuperata la vita civile; tale ricuperazione non istabilisce alcun rapporto legale tra il padre ed il figlio, ma soltanto lo rende possibile.

Infatti, come già lo abbiamo detto spiegando l'art. 8 [9] n. II, e come più diffusa-

mente lo faremo osservare al titolo della paternità e della filiazione, un figlio non può acquistare legalmente alcun rapporto con l'autore de' suoi giorni se non in due modi: 1.° mediante il matrimonio de' suoi genitori, il quale lo lega sì all'uno che all'altro (è figlio legittimo quando il matrimonio ha preceduto il suo nascimento; è legittimato quando il matrimonio ha avuto luogo posteriormente); 2.° mediante un formale riconoscimento, il quale, lasciando al figlio la sua qualità di bastardo, lo unisce nonpertanto a colui che lo ha riconosciuto. Or, poichè la morte civile nel nostro diritto in vigore non cessa giammai che per l'avvenire, il riconoscimento o il matrimonio che avesse avuto luogo nel tempo in cui la stessa esisteva rimarrebbe nullo, come il matrimonio contratto prima della morte civile rimane disciolto (3). Il figlio dunque non avrà alcun rapporto col padre suo pel solo fatto di essere costui restituito alla vita civile; ma almeno il rapporto legale di parentela diviene possibile, e se il padre toglie in moglie colei da cui ha avuto questo figlio questi sarà legittimato; se poi non si marita con lei il rapporto legale tra padre e figlio potrà aversi mediante un semplice riconoscimento.

È chiaro quanto sarebbe diverso il risultato se si potesse dire che il riacquisto della vita civile faccia reputare non avvenuto lo stato anteriore di morte civile. Supponiamo che un morto civilmente abbia un figliuolo dalla donna con la quale egli era maritato prima della sua morte civile, dalla donna che è rimasta sua moglie agli occhi della religione e della morale, e che quest'uomo sia restituito in seguito alla vita civile, ma dopo la morte di questa donna; se la morte civile si reputasse non avvenuta, il matrimonio non si considererebbe disciolto (4), e per conseguenza il figlio sarebbe nato legittimo; all'opposto, conservando la morte civile gli effetti già prodotti, non solo il figlio non sarà legittimo, ma non potrà neppure essere legittimato, poichè, essendo morta sua madre, è impossibile un nuovo matrimonio con lei. Costui dunque in questo caso non potrà acquistare alcun rapporto legale con suo padre se non mediante un riconoscimento e rimanendo bastardo.

31 [34]. — Se il condannato in contumacia muore nel termine de' cinque anni accordati senza essersi presentato, o senza essere stato preso ed arrestato, sarà consi-

traduttore).

(4) Ripetiamo che presso di noi il matrimonio non si scioglie per la privazione de' diritti civili. L'articolo 216 delle nostre leggi civili non riceve mai eccezione. (Nota del traduttore).

(1) Vedi i nostri studi di scienza religiosa, studio 10, aum. IV.

(2) Vedi la nostra nota (4) pag. 414. (Nota del traduttore.)

(3) Vedi la nostra nota precedente (Nota del

derato morto nell'integrità de' suoi diritti; la sentenza contumaciale sarà annullata *ipso jure*, senza pregiudizio dell'azione civile, la quale non potrà essere intentata contro gli eredi del condannato, se non in via civile (1).

SOMMARIO.

I. Quest'articolo ritorna al primo periodo, e però avrebbe dovuto allegare innanzi al precedente. — La sua prima parte non è che la conseguenza dell'art. 27 [30].

II. Alcuni autori erroneamente insegnano che in questo caso il contumace muore anche con l'esercizio de' diritti civili.

III. Per la morte del contumace la sentenza si annulla pure per la condanna civile, ma la persona non del delitto conserva il diritto di chiedere contro gli eredi la riparazione de' danni-interessi innanzi al tribunale civile.

La prima proposizione del nostro articolo, quella che vuole che il contumace morendo ne' cinque anni di grazia muoja nell'integrità de' suoi diritti, è del tutto semplice e non aveva bisogno di essere scritta nella legge; in effetti essa è una conseguenza diretta ed evidente del principio stabilito dall'art. 27 [30] (2), il quale stabilisce che nelle condanne in contumacia la morte civile non s'incorra che allo spirare de' cinque anni dopo la esecuzione fittizia. E lo stesso delle prime parole della seconda frase: *il giudizio di contumacia sarà annullato di pieno dritto*. Ciò non è che la immediata e naturale conseguenza del principio dell'articolo 27 [30] (3).

II. — Tuttavolta taluni autori intendono questo stesso articolo diversamente da noi: essi dicono che il legislatore non ha potuto fare una disposizione espressa per farci comprendere una cosa così semplice, ed in conseguenza che bisogna trovare un altro senso all'articolo. A parer loro queste espressioni *non sarà reputato morto nella integrità de' suoi diritti*, significano che egli sia reputato di avere avuto non solo il godimento ma anche l'esercizio de' suoi diritti civili; esercizio che gli era stato tolto dall'art. 28 [31] comma primo; dal che seguirebbe che gli atti da lui fatti durante la sua contumacia, perefetto della sua morte avvenuta innanzi lo spirare de' cinque anni, si troverebbero ravvivati e divenuti validi. Essi appoggiano siffatta decisione sulla parola *reputati* di cui si serve l'articolo.

Se il legislatore, dicono i medesimi, con le

parole *integrità de' suoi diritti* non avesse inteso che il *godimento* de' diritti civili, non avrebbe detto che il contumace sarà *reputato* morto nella integrità de' suoi diritti, poichè in realtà aveva questo godimento. Dippiù, soggiungono, la medesima parola d'*integrità* de' diritti civili indica che non si tratta di un semplice godimento; imperciocchè colui al quale vien tolto l'esercizio de' suoi diritti civili, lasciandogliene il godimento, ha certamente perduto qualche cosa, nè si potrà dire di lui che abbia ancora l'*integrità* de' suoi diritti.

Queste ragioni contengono qualche cosa di specioso, ma intanto crediamo che erronea sia l'opinione alla quale menano, e non esitiamo ad ammettere il parere contrario.

Da prima non è cosa strana veder che il legislatore abbia fatta espressamente una disposizione per indicarci un'idea di già risultante, ma per via di sole induzioni, da una disposizione antecedentemente annunziata. Dipoi non può far molta meraviglia che le parole *integrità de' diritti civili* siano state adoperate per esprimere il solo godimento, ma il godimento completo de' diritti civili; si comprende che si può distinguere l'*integrità* di godimento e l'*integrità* di esercizio, vale a dire l'intero godimento e l'esercizio intero de' diritti civili, in guisa che benissimo potrà adoperarsi la parola *integrità* anche quando trattisi del solo godimento.

Finalmente resta la parola *reputato*; ma quale argomento potrebbero trarne contro la nostra opinione se non che sia viziosa la redazione del nostro articolo? ora, siccome l'abbiamo le cento volte ripetuto, se il nostro codice è un capo d'opera, sicuramente non lo è sotto il rapporto della sua redazione. D'altronde il vizio di redazione è tanto più facile ad ammettersi in quanto che la sua origine pare trovarsi nelle ricordanze che il legislatore conservava degli antichi principii su questa materia.

Per questi antichi principii la morte civile s'incorreva in caso di condanna contraddittoria dal giorno stesso della sentenza, e nelle condanne in contumacia dal giorno della esecuzione in effigie, ma con questa distinzione che, se il contumace (senza esser comparso in giudizio) moriva dopo i cinque anni, la morte civile si incorreva definitivamente dal giorno

(1) La riforma di questo articolo consiste nell'essersi ommesse nel nostro art. 34 le parole la quale non potrà essere intentata contro gli eredi del condannato se non in via civile: parole che erano superflue dopo l'espressa disposizione dell'articolo 4 delle leggi di procedura penale così concepito: — l'azione civile può essere esercitata contro all'imputato, e contro a chiunque sia civilmente responsabile del danno che il reato ha pro-

dotto. Se l'imputato muore prima di esser giudicato, l'azione civile si sperimenta innanzi ai tribunali civili contro a colui che lo rappresenta. — (Nota del traduttore).

(2) Vedi la nota (3) pag. 406 (Nota del traduttore).

(3) Vedi la nota precedente. (Nota del traduttore).

no di questa esecuzione, mentre se moriva ne cinque anni il giudizio di contumacia era annullato, ed il condannato reputarsi morto INTEGRI STATUS (Pothier, delle pers., tit. 3, sez. 2). Non farebbe meraviglia che questa proposizione, che si trovava vera secondo gli antichi principi, si fosse introdotta nel nostro codice, sebbene la parola *reputato* non vi abbia più lo stesso valore.

Non hanno dunque molta forza le ragioni che ci si oppongono, e, secondo ci sembra, non si dovrà esitare ad ammettere la nostra opinione se trovasi conforme alla idea del legislatore. Ora questa idea del legislatore ci pare certa.

In effetti sotto l'art. 29 [32] (1) abbiamo veduto che il contumace, che ricomparisce in giudizio fra i cinque anni di grazia ed ottiene una sentenza di assoluzione, non riacquista retroattivamente l'esercizio de' diritti civili, ma soltanto a cominciare dal giorno della sua comparsa, talchè restano nulli gli atti fatti durante la sua contumacia; ebbene l'è chiaro che il legislatore non ha potuto avere l'idea di fare per colui che muoia infra i cinque anni più che non abbia fatto per quello che durante lo stesso termine si presenta ed è assolto. Infatti questi vien proclamato innocente, e l'innocenza dell'altro non è che presunta.

III. — Nel caso del nostro articolo, sebbene la condanna in contumacia sia annullata di pieno diritto, è chiaro che vi è sempre luogo, come lo dice l'articolo medesimo, all'azione della parte civile. Ciò richiede qualche spiegazione.

Ogni delitto può dar luogo ad un'azione penale e ad un'azione civile. Ed in vero prima si dà luogo alle istanze della società offesa dall'attacco diretto contro uno de' suoi membri e dalla violazione delle leggi stabilite da essa; queste istanze vengono esercitate dal ministero pubblico. Ma accanto all'offesa fatta alla società, la cui riparazione viene dimandata dalla parte pubblica, sia sulla querela di quelli che sono stati vittime del delitto, sia di *ufficio*, cioè spontaneamente e *proprio motu*, viensi a collocare il danno materiale o morale che il delitto ha potuto cagionare ad una o più persone, e di cui queste possono chiedere la riparazione in virtù dell'articolo 1382 [1336], il quale dichiara che ogni fatto qualunque che arreca danno ad altrui obbliga colui per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno. Siccome essi non possono agire in virtù della legge penale, di cui il so-

lo ministero pubblico può dimandar l'applicazione, ma soltanto in virtù della legge civile, così si chiamano *parte civile*, e l'azione da essi intentata *azione civile*.

Da ciò ne segue che in principio l'azione civile dovrebb'esser portata al tribunale civile al pari di tutte le altre cause civili. Intanto per maggiore semplicità e per risparmio di spese e di tempo è permesso alla parte civile d'intentare la sua azione innanzi le corti criminali in concorrenza col pubblico ministero, di maniera che in questi casi l'accusato dovrà rispondere in pari tempo ed alla parte pubblica ed alla parte civile. Tutto ciò vien regolato dai tre primi articoli del codice d'istruzione criminale (2).

Un'ultima osservazione: in principio l'erede è tenuto a tutte le obbligazioni del suo autore; perchè un erede è il *successore ed il continuatore della persona*, di modo che il defunto è reputato vivere nel suo erede. Tale è la conseguenza dell'art. 724 [615], che non conferisce all'erede tutti i diritti del defunto se non a condizione di adempirne tutti i doveri. Ma questo principio cessa di avere applicazione in materia penale, perchè sarebbe stato ingiusto e troppo inumano colpire un individuo di un delitto commesso dal suo autore: i delitti sono personali. Da ciò segue che la morte dell'autore di un delitto estingue l'azione penale ma non la civile che può essere intentata contro gli eredi sul capo dei quali è passata l'obbligazione civile che risulta dal delitto; soltanto, siccome non vi ha più luogo di far concorrere quest'azione civile coll'azione penale, così unicamente innanzi i tribunali civili la medesima può essere intentata. Ciò è quanto dice il nostro art. 31 [34] (3).

Nel caso del nostro articolo le parti interessate adunque dovranno agire contro gli eredi innanzi al tribunale civile, e ciò sia che esse non abbiano agito ancora all'epoca della morte del contumace, sia invece che siansi costituite parte civile nel processo criminale che ha menato alla sentenza di contumacia, e che questa sentenza abbia pronunziato sui danni-interessi a loro favore. Imperciocchè questa sentenza di contumacia non era, anche per le condanne civili, che una *sentenza in contumacia*, la quale durante i cinque anni il condannato poteva far annullare con la sua comparsa, e che la sua morte ha completamente *annullata*, siccome è detto nel testo del nostro articolo. Vi ha dunque luogo a far di nuovo giudicare la questione.

Dopo quanto abbiamo detto su quest'artico-

(1) Ved. la nota (1) pag. 410 (Nota del traduttore).

(2) Vedi la nostra nota (1) pag. 418, ed in generale i primi cinque articoli delle nostre leggi di

procedura penale. (Nota del traduttore).

(3) Ved. la nota (1) pag. 418. (Nota del traduttore).

lo si scorge che esso non ci apporta alcuna disposizione speciale, e che benissimo potrebbe esser tolto dal codice senza che la sua mancanza producessela menomala lacuna. La disposizione della prima parte di già risultava dall'art. 27 [30] (1); quella della seconda è proclamata dagli art. 1382 [1336] e 721 [645] del codice civile, non che dagli art. 1, 2 e 3 del codice d'istruzione criminale (2).

32 [35]. — In nessun caso la prescrizione della pena restituirà il condannato nei suoi dritti civili nel tempo avveire.

I. — Quest' articolo è relativo al terzo ed ultimo periodo.

Dopo venti anni dal di della sentenza di contumacia vi è ai termini dell'art. 635 del codice d'istruzione criminale la prescrizione della pena pronunciata nel giudicato di condanna (3). Il condannato a capo di tal epoca, come si è già detto, ha prescritto contro la società il dritto di essere perseguitato; e reciprocamente la società ha prescritto contro di lui il dritto di farlo ulteriormente giudicare in contraddizione, ai termini dell'art. 641 dello stesso codice. Ora se il condannato ha prescritta la pena contro di lui pronunciata, pena che da allora in poi non gli si può far subire, non ha però prescritta la morte civile la quale lo ha colpito allo spirare de' cinque anni, e che non potrebbe cessare che in quanto tornasse ad essere semplice accusato per essere novellamente giudicato; cosa che più non può avvenire. È dunque ormai irrevocabile la morte civile; e la prescrizione, come dice il nostro articolo, non potrebbe avere l'effetto di restituire il condannato ne' suoi dritti civili.

Benchè il condannato resta libero dopo la prescrizione della sua pena, pur nondimeno non può domiciliare nel dipartimento ove dimorano tanto colui contro il quale o contro la proprietà del quale sia stato commesso il delitto, quanto i suoi eredi diretti, giusta l'art. 635 del codice d'istruzione criminale. Il governo stesso può assegnargli dove vorrà il luogo del suo domicilio (4).

33. — I beni acquistati dal condannato, dopo incorsa la morte civile, e di cui

(1) Ved. la nota (1) pag. 106 (*Nota del traduttore*).

(2) Ved. gli art. 4 a 5 delle nostre leggi di procedura penale, giusta la nota (2) pag. 119. (*Nota del traduttore*).

(3) V. la nota (4) pag. 107. (*Nota del traduttore*).

(4) « Nel caso di prescrizione di pene criminali inferiori al terzo grado de' ferri anche nel presidio pronunciato per omicidio o per altro misfatto contro alle persone, il condannato sarà obbligato

egli si troverà in possesso nel giorno della sua morte naturale, di dritto apparterranno allo stato per diritto di *deshérence*.

Nondimeno può il capo dello stato fare quelle disposizioni che la umanità gli suggerirà, in favore della vedova, de' figli, o parenti del condannato (5).

SOMMARIO.

I. Il morto civilmente non avendo nè parenti nè congiunti, e non potendo più fare un testamento legittimo, la sua successione è necessariamente in *deshérence*, e piuttosto alla sua morte non vi ha nemmeno una vera apertura di successione.

II. Il governo può disporre de' beni e favore della vedova e de' figli, quod' anche non vi fosse stato un matrimonio putativo. — Non ne dispone solo e senza la formalità richiesta per l'alienazione de' beni dello stato.

III. Le condanne pronunciate da corti militari non apportano la morte civile.

VI. Effetti diversi della pena e delle condanne in quanto alla morte civile, e nel caso di contumacia, sia nelle condanne in contraddizione.

I. — Dicesi *vacante* una successione quando non si conoscono gli eredi che vi sono chiamati, sebbene probabilmente esistano; dicesi poi *caduca* (*en deshérence*) quando consti che non ne esistono affatto. Nel caso del nostro articolo è chiaro che vi ha caducità (*deshérence*) giacchè colui della successione del quale si tratta, essendo agli occhi della legge già morto da qualche tempo, non può più avere parenti nè congiunti. In una parola questi parenti e questi congiunti, gli eredi della persona, hanno dovuto venire a raccogliere la successione che egli lasciava nel tempo che lo colpì la morte civile; allora era loro parente, loro congiunto, quegli che veniva a morire agli occhi della legge. Posteriormente non si può dir più lo stesso, la persona che naturalmente muore nulla era nell'ordine civile, niuno era suo parente, ed egli non era parente ad alcuno: la morte semplicemente naturale che sopravviene è un avvenimento nullo agli occhi della legge, in guisa che legalmente parlando non si può dire che vi sia una persona di meno, poichè già da lunga pezza questa persona era morta. E propriamente parlando non si può dunque dire che vi sia una successione aperta: vi han soltanto beni che lo stato riprende dopo averli per mera commiserazione lasciati ad un individuo che non li possedeva se non precariamente.

Per questa ragione, poichè in questo caso non vi può essere successione che si apra, e

all'esilio correzionale per *maximum* del tempo; se pure gli offesi non consentissero che il reo rimanesse sciolto da questa pena accessoria. » LL. di proc. pen. art. 620. (*Nota del traduttore*).

(5) L'articolo 33 del codice civile, che attribuisce allo stato il dritto di successione ne' beni acquistati da chi è incorso nella morte civile, è scomparso dalle nostre leggi qual necessaria conseguenza dell'abolizione della morte civile. (*Nota del traduttore*).

il condannato dal momento che è incorso nella morte civile ai termini del secondo comma dell'art. 25 (1) si è trovato interamente incapace di trasmettere per successione, come per ogni altro titolo, quand'anche con persona di buona fede avesse contratto un matrimonio posteriore, il quale sebbene nullo produrrebbe nonpertanto tutti gli effetti civili pel coniuge e pe' figli, questo coniuge e questi figli, benchè capaci a succedere, tuttavia nulla potrebbero toccar dei beni lasciati dal condannato; il che è stato spiegato sotto l'art. 25 (2) n. X.

II. — Ma potrebbero le disposizioni che l'umanità può suggerire al capo dello stato, o che gli sono permesse dal secondo comma del nostro articolo, aver per oggetto la vedova e la prole di un matrimonio contratto di mala fede da una parte e dall'altra, cioè con la conoscenza che ha l'altro coniuge dello stato dal suo consorte? L'affermativa ci sembra certa.

Siffatto articolo su tal riguardo ha voluto lasciare tutta la latitudine al capo dello stato. Questi può disporre in favore de' parenti del condannato, dice la legge; ma certamente de' suoi parenti naturali, poichè non ha più parenti civili. Quella donna che, sebbene conobbe lo stato di morte civile del condannato, l'ha sposato (col solo matrimonio naturale e religioso), o pure che, maritatosi col medesimo prima che fosse incorso nella morte civile, ha poi continuato a coabitarvi, ad assisterlo e soccorrerlo con un sacrificio onorevole, che d'altronde la religione le imponeva, non era forse sua moglie agli occhi della morale e della legge naturale? I figli procreati non gli sono ligati con vincoli di sangue? Non rientrano essi perciò nel pensiero del legislatore, e non sarebbe contraddittorio di ragionare secondo i principi rigorosi del diritto quando la legge parla di disposizioni che l'umanità possa suggerire? Non si ritornerebbe forse con ciò alle regole tanto severe della morte civile allora precisamente che la legge vuole allontanarsene per sazonare le ispirazioni della coscienza?

Per disporre di tali beni il governo non avrebbe mestieri d'impiegare le formalità ordinariamente richieste per l'alienazione de' beni dello stato, imperciocchè il nostro articolo gli dà il dritto di disporne solo, direttamente e immediatamente. Infatti è vero il dire che, qualora se ne disponga, questi beni non sono giammai stati *beni dello stato*, nè tali diventano, giusta l'idea del legislatore, che sotto la condizione che il capo dello

stato non ne disponga; poichè d'attribuzione allo stato de' beni del condannato non può aver luogo che per effetto della morte civile; ma la facoltà concessa dal nostro articolo ha precisamente per iscopo d'impedire che tal effetto si compia.

Dippiù, secondo l'uso seguito da qualche anno, il governo non si dà la pena di fare un atto di disposizione in favore de' figli o della moglie, ma si contenta di astenersi, di non impossessarsi de' beni, e di lasciar che s'impossessino i figli o la moglie, assolutamente come se il defunto non fosse stato colpito dalla morte civile. Non è senza inconvenienti tale uso, perchè lascia la proprietà nell'incertezza, perelè più o meno tempo dopo la morte lo stato potrebbe mutar consiglio e ridomandare quei beni di cui la famiglia aveva potuto credersi padrona; ma è nostro avviso che i tribunali in caso di contestazione su questo punto, a causa precisamente di questa abitudine del governo, dovrebbero mostrarsi propensi a riguardare l'inazione dell'amministrazione de' demani come una prova della volontà tacita del capo dello stato di attribuire i beni alla famiglia.

Del resto in tutti i casi ci sembra evidente che i beni non apparterranno ai figli o ai congiunti se non a condizione di pagare i debiti che il defunto possa lasciare, senza distinguere se siano stati fatti prima o durante la morte civile. Vero è che rigorosamente per diritto i beni non sono loro trasmessi dal morto civilmente (il quale non può aver successori), ma accordati dalla generosità del capo dello stato; ma siccome per causa appunto de' loro vincoli col defunto essi ottengono questi beni, così per costoro questi beni sono veramente i beni del defunto medesimo, e non *sunt bona nisi deducto aere alieno*; essi non debbono aver dunque come beni del defunto se non quella parte di beni che resta, soddisfatti che siano i debiti lasciati da costui. Poichè, trattandosi in tal caso di regole d'equità naturale non già di principi rigorosi di dritto, è del tutto naturale che la disposizione del governo, così tacita che espressa, si reputi fatta sotto la condizione di pagare i debiti, come il defunto stesso li avrebbe soddisfatti (3).

Restano ora da esaminarsi in questo luogo due questioni che direttamente non si riferiscono a nessuno degli articoli di sopra spiegati.

III. — La prima tratta se la condanna a morte, ai lavori forzati a vita, o alla deportazione, producano egualmente morte civile quando esse sono pronunziate da con-

(1) Soppresso nelle nostre leggi (Nota del traduttore).

(2) V. la nota precedente (Nota del traduttore). Marcadé T. I.

(3) Così giudicato da un arresto di Parigi del 31 gennaio 1848. (Gazz. de' tribunali dello stesso giorno).

sigli di guerra, o se non producano questi effetti che in quanto emanano dai tribunali ordinari.

Crediamo doversi rispondere in quest'ultimo senso, e dire che la morte civile non deve risultare da condanne proferite da tribunali militari.

A noi non pare che, istituendo la morte civile con disposizioni stabilite nella legge civile, il legislatore abbia voluto applicarla a leggi eccezionali, come le leggi militari, che sono, come ognuno sa, di un rigore forse necessario ma esorbitantissimo. Tale era su questo proposito l'antica giurisprudenza; Pothier (*tratt. delle pers.*, tit. 3, sez. 2, § 28) dice: « Perchè le condanne, delle quali la morte civile è una conseguenza, le possano dar luogo, abbisogna che siano proferite in un regolare giudizio; una condanna a morte pronunciata da un consiglio di guerra per delitto militare non impedirà al condannato di morire *integri status*. »

Si obietta contro di ciò che non vi sono due legislatori, che una determinata legge non deve avere maggiore o minor vigore di un'altra, e che il codice civile e quello penale, nel pronunciare la morte civile per talune condanne, non hanno affatto distinto da quali tribunali siffatto condanne emanerebbero; e in quanto al principio dell'antica giurisprudenza, da Pothier proclamato, si vorrebbe ritorcerlo contro di noi, col dire che, avendo il legislatore sotto gli occhi questa distinzione, non avrebbe mancato di scriverla nella legge se avesse inteso di conservarla.

Ma nell'antico diritto neppur vi erano due legislatori, e intanto si riteneva che una condanna proferita da taluni tribunali non avesse i medesimi effetti che la stessa condanna pronunciata da altro tribunale; e l'attuale nostro legislatore, che teneva sott'occhio questa distinzione, nulla ha detto per farla scomparire. Esso sapeva che non davasi luogo alla morte civile se non ne' casi di condanna proferita in giudizio ordinario, e nulla ha detto che una contraria sua volontà indicasse; ora tale contrarietà di principj in una materia così grave, così rigorosa, se fosse stata nel suo pensiero, non l'avrebbe egli espressa? al contrario non lascia egli scorgere che la sua idea è quella dell'antico diritto, non parlando affatto di morte civile nelle leggi militari, e non dettandola che nel codice penale ordinario? Come sostenere che le disposizioni del co-

dice penale che pronunziano la morte civile si applicheranno pure alle condanne militari, quando l'art. 12 dello stesso codice, che dichiara in modo sì generale: *qualunque condannato a morte avrà la testa troncata*, ad esse non si applica, giacchè i militari condannati a morte sono fucilati? Non è chiaro che in questi diversi casi il legislatore ha inteso lasciar da parte le condanne proferite in virtù di leggi eccezionali, come una volta per sempre ci ha avvertito altrove, nell'art. 5 del codice penale che dice: « Le disposizioni del presente codice non si applicano alle contravvenzioni delitti e misfatti militari (1)? »

D'altronde, ed è questo un argomento perentorio, per lo meno vi sarebbe dubbio nella questione; ora questo dubbio la farebbe decidere nel senso nostro, poichè trattasi di una penalità rigorosa, che, tal essendo, non può applicarsi ne' casi dubbi.

IV.—La seconda questione è intorno al sapere quali saranno nel caso di condanna che apporti morte civile gli effetti tanto della grazia che della commutazione della pena accordata dal capo dello stato.

La grazia è la remissione fatta al colpevole di tutta o parte della pena, o delle conseguenze della pena alla quale sia stato condannato; la commutazione è la sostituzione di una pena minore a quella che era stata proferita.

Dobbiamo esaminare l'effetto: 1.° per le condanne contraddittorie; 2.° per le condanne in contumacia.

1.° *Per le condanne contraddittorie.*—Se la grazia giunge prima dell'esecuzione della sentenza, la morte civile non essendo ancora incorsa, poichè essa non s'incorre che per l'esecuzione, il condannato non sarà stato e non sarà morto civilmente. Ma se essa ha luogo dopo un cominciamento di esecuzione, la morte civile essendo incorsa continuerà, a meno che il decreto di grazia non l'abolisca esplicitamente o virtualmente, ma in un modo certo. In questo caso di abolizione gli effetti che essa avrà prodotti per lo passato continueranno; poichè, secondo il modo in cui la morte civile è regolata dalle nostre leggi, una volta che essa ha esistito non vi è più luogo a reputarla come non avvenuta, ed in tal caso il riuperamento della vita civile è una vera risurrezione civile, la quale non impedisce che per il tratto anteriore sia stato morto colui che ne gode. Già vedemmo

(1) Nelle nostre leggi penali non si trova riprodotta la disposizione del codice penale francese citata dall'autore; ma però l'art. 2 del decreto del 30 gennaio 1819, dopo l'approvazione dello *statuto penale militare per lo regno delle Due Sicilie*, pronunziata coll'art. 1 del detto decreto,

soggiunge: — « Esso (cioè il detto *statuto*) è sostituito alle leggi, a' decreti, alle ordinanze, ed a qualunque altra disposizione emanata finora nel nostro regno sopra materie che riguardano la giurisdizione militare, i reati militari, e le loro punitzioni. » (Nota del traduttore).

applicarsi dall'art. 30 [33] (1) questo principio al caso anche più favorevole, cioè quello in cui il morto civilmente venga in seguito a provare la propria innocenza.

In quanto alla commutazione non vi ha difficoltà se la nuova pena egualmente apporti morte civile. Quando poi non produca morte civile, se è sostituita alla prima dopo essere stata posta in esecuzione, la morte civile essendo stata incorso continuerà, a meno che, come fu detto di sopra, non si ottenga una speciale remissione della medesima. Infine se la nuova pena non produce morte civile, e sin sostituita all'antica prima della sua esecuzione, tale esecuzione non potendo più aver luogo, la morte civile non sarà incorso.

2.° Per le condanne in contumacia. — Non può esservi mai questione di commutazione, e la grazia può aver luogo in un solo caso, cioè allorché la condanna è divenuta irrevocabile per lo spirare del termine della prescrizione.

Difatti non vi è luogo né a commutazione né a grazia finché la prescrizione non sia compiuta. Se il contumace ricomparisce, dov'essere di nuovo giudicato, e per conseguenza ritorna qual semplice accusato; ora non gli accusati ma soltanto i condannati possono ricorrere alla clemenza del capo dello stato: il contumace non potrebbe dunque farlo che dopo un nuovo giudizio: ma allora ritorniamo nell'ipotesi testé esaminata di un giudizio contraddittorio.

Una volta poi che sia compiuta la prescrizione non vi potrà esser luogo a commutazione; perchè non esiste più la pena alla quale se ne possa sostituire un'altra, essendo estinta quella cui il contumace era stato condannato. Relativamente alla grazia essa può benissimo aver luogo, ed in tal caso

(1) Sulla diversità di redazione tra i due elti articoli vedasi la nota (2) pag. 414 (Nota del traduttore).

(2) Le nostre leggi civili nella sezione II, del tit. I, lib. I, non trattano della morte civile, dalle medesime abolita, ma della privazione (totale o parziale) de' diritti civili in conseguenza di condanne giudiziali, cioè a pene sia criminali sia correzionali. (Nota del traduttore).

(3) Questa pena presso a poco corrisponde alla nostra interdizione da' pubblici uffizi, di cui è parola nella nota seguente. (Nota del traduttore).

(4) La privazione parziale de' diritti civili presso di noi si chiama interdizione, ed ha luogo nelle condanne criminali o correzionali. Nelle prime si incorre *ipso jure* senza che sia mestieri che il giudice la pronunzi, ed è perpetua o temporanea, ma non è mai minore di sei anni; nelle seconde bisogna che la sentenza la pronunzi, e che il giudice esprima nominatamente il dritto da cui si decade, ed è sempre temporanea, nè può oltrepassare lo spazio di un quinquennio. Tre sono le specie d'interdi-

zione, e per oggetto e per unico effetto di far cessare la morte civile per l'avvenire.

PRIVAZIONE PARZIALE DEI DIRITTI CIVILI IN CONSEGUENZA DI CONDANNE GIUDIZIALI.

SOMMARIO

- I. La privazione parziale de' diritti civili talvolta è pena principale, agitata dritto di una condanna, e talvolta non ne è che la conseguenza mediana.
- II. La privazione parziale si povera come pena principale: 1.° nella degradazione civica, 2.° nella interdizione.
- III. Si presenta come conseguenza mediana della condanna: 1.° nella degradazione civica ancora, la quale è l'accessorio della pena criminali che non appartiene morte civile, 2.° nella deportazione, quando il governo accorda al condannato una parte de' diritti civili.
- IV. Bisogna finalmente esaminare la privazione non più del godimento ma dell'esercizio de' diritti civili, la quale ha luogo: 1.° durante il primo de' tre periodi della contumacia, 2.° per tutta la durata di ogni pena afflitta.

I. — Il codice civile nella sezione che consacra alla privazione de' diritti civili che risulta da condanne giudiziali, come vediamo, non si occupa di questa privazione se non in quanto è totale, vale a dire che tratta soltanto della morte civile (2).

Oltre di questa totale privazione (o piuttosto quasi totale, poichè osservammo che lascia sempre qualche dritto civile al condannato), in certi casi può dalle condanne giudiziarie risultare una privazione parziale di dritti civili. Ed è qui che dobbiamo esaminare questi diversi casi.

Siffatta privazione parziale de' dritti civili talvolta è il solo obbietto principale d'una condanna, talvolta ne è la conseguenza mediana.

II. — Troviamo la privazione parziale dei dritti civili come pena principale che può formare l'oggetto diretto di una condanna:

1.° Nella degradazione civica (3); 2.° nella interdizione (4).

zione, oltre quella che accompagna la condanna all'ergastolo, di cui abbiamo parlato nelle note (3) e (4) pag. 87: interdizione patrimoniale, interdizione da' pubblici uffizi, ed interdizione così detta a tempo.

L'interdizione patrimoniale è il divieto di amministrare il proprio patrimonio, è necessaria conseguenza delle condanne a' ferri, ne' bagni e nel presidio, ed alla reclusione, ed ha la durata della pena principale. In quest'intervallo l'amministrazione de' beni è regolata secondo le norme stabilite dalle leggi civili per le persone interdette (II. pen. art. 45); il tribunale civile dispone gli assegnamenti alla famiglia del condannato, o ad altri che vi abbiano dritto, ed esso dispone pure i sussidi alimentari da somministrarsi al medesimo, i quali debbon limitarsi ad un piccolo sollievo. Terminata la pena i beni gli sono restituiti, ed il creatore dee rendergli conto della sua amministrazione secondo le norme stabilite nelle leggi della procedura ne' giudizi civili (II. pen. art. 47).

L'interdizione da' pubblici uffizi consiste nell'e-

1.° La degradazione civica è una delle pene infamanti non afflittive (cod. pen. art. 8.).

Essa consiste primariamente nella privazione di tutti i dritti civili; poscia, in quanto ai dritti civili: 1.° nell'incapacità di essere perito o testimone, ciò che non impedisce di essere chiamato in giudizio per daro de' semplici schiarimenti; 2.° nell'incapacità di far parte d'alcun consiglio di famiglia e di essere tutore, curatore, tutore surrogato, o consulente giudiziario, eccetto che de' propri figli, ma solo porò col parere del consiglio di famiglia (cod. pen. art. 31).

La degradazione è sempre d'indeterminata durata, e non può cessare che per effetto di riabilitazione legale (cod. d'istruz. crim. art. 619 e seg.).

L'interdizione a tempo di certi dritti civili, civili o di famiglia, è una pena correzionale (cod. pen. art. 9.), che in certi casi può, in altri dev'essere pronunziata dai tribunali (cod. pen. art. 42 e 43).

III. — La privazione parziale de' dritti ci-

clusione del condannato da ogni funzione o impiego pubblico, e nell'incapacità di esser tutore o curatore, tranne pe' suoi figliuoli e col voto del consiglio di famiglia (II. pen. art. 14). Essa seguita di dritto le condanne al ferri ed alla reclusione, ed è perpetua, ma in tal caso il condannato perde pure il dritto di essere impiegato come perito o come testimone (II. pen. art. 17). Segue pur di dritto la relegazione, ma in questo caso l'interdizione non è perpetua, ma dura per altrettanto tempo per quanto ha durata la relegazione (II. pen. art. 18).

Siffatta interdizione, oltre ad essere la conseguenza di altre pene criminali, è talvolta per sè stessa una pena principale.

E inflitta come pena principale, e dura da sei a dieci anni:

4.° Per gli uffiziali pubblici, commessi, agenti, ed impiegati qualunque di una pubblica amministrazione, colpevoli di aver esatto per privato profitto quello che la legge non permette, o più di quel che permette (II. pen. art. 496).

2.° Per l'invertimento del pubblico danaro in un uso pubblico diverso da quello della sua destinazione (II. cit. art. 317).

3.° Per l'uffiziale pubblico dell'ordine giudiziario, che faccia regolamenti in materie amministrative, o vieti l'esecuzione degli ordini emanati dagli uffiziali pubblici dell'ordine amministrativo, e viceversa per quelli di quest'ordine (II. cit. art. 234).

4.° Per gli uffiziali pubblici incaricati della polizia amministrativa o giudiziaria i quali omettono o ricusano di deferire ad un richiamo diretto a comprovare le detenzioni illegali ed arbitrarie, nè giustificano di averlo denunziato alle autorità superiori (II. cit. art. 218).

Parimenti è pena principale, ma dura da sei a venti anni:

4.° Per l'uffiziale pubblico o impiegato che si sia determinato per favore o per inimicizia di una delle parti, e per colui che legalmente richiesto siasi negato di fare un atto del suo ministero imposto

vili, come conseguenza di una condanna, si può in due casi pronunziare:

1.° La degradazione civica, che vedemmo essere per sè stessa una delle pene stabilite dal codice penale in materia criminale, e inoltre l'accessorio necessario di tutte quelle pene criminali che non producono morte civile (cod. pen. art. 28), le quali sono quattro, cioè: i lavori forzati a tempo, la detenzione, la reclusione, l'esilio (cod. pen. art. 6, 7, e 8).

In questo caso, abbenchè sia dessa l'accessorio di una pena temporanea, giacchè le quattro pene criminali che non producono morte civile sono tutte temporanee, come si può osservare negli art. 19, 20, 21 o 32 del codice penale; pure la degradazione civica resta sempre di una durata indeterminata, come quando è pena principale (1).

2.° Ai termini dell'ultimo comma dell'art. 18 del codice penale, il governo, nel caso di deportazione, può accordare al condannato l'esercizio di tutti o di parte de' dritti civili; in questo caso può dunque esservi pel

dalla legge, o sotto qualunque pretesto, anche di silenzio o oscurità delle leggi, siasi negato di render la giustizia, ed abbia perseverato nel suo rifiuto dopo l'ordine de' suoi superiori (II. cit. art. 199).

2.° Per l'uffiziale pubblico o impiegato che prenda un interesse privato in un affare, nel quale egli è incaricato di dare ordini, far liquidazioni, disporre o fare alcun pagamento (II. cit. art. 214).

3.° Per l'avvocato o patrocinatore, che per doni, promesse, ed offerte, tradisce il suo cliente, in modo che per l'effetto della sua frode questi perde la causa, o si preserva un legittimo gravame avversa una sentenza, o decisione definitiva (II. cit. art. 269).

Da ultimo è anche pena principale, ma perpetua:

4.° Per l'avvocato o patrocinatore che prevarichi a danno dell'accusato ne' giudizi correzionali.

2.° Per un pubblico uffiziale o impiegato, che senza fine di lucro aggiunga un nuovo dazio, o alteri la tariffa; ma in questo caso l'interdizione non è da' pubblici uffizi, ma dalla sola sua carica (II. cit. art. 229).

L'interdizione a tempo è pena correzionale, non è minore di due mesi, nè maggiore di cinque anni, e non vieta che uno o più de' dritti noverati nell'art. 27 II. pen., cioè di voto o di elezione, di eleggibilità a funzioni o impieghi pubblici, dell'esercizio de' medesimi, di un'arte, di un mestiere, di ottenere il permesso di asportar le armi, di accesso in alcuni luoghi, di essere adoperato come perito ne' giudizi penali, di voto ne' consigli di famiglia, di essere tutore o curatore, tranne de' propri figli e col parere del consiglio di famiglia. Essa è pena accessoria alla prigionia, al confino ed all'esilio correzionale, ma non assolutamente. L'aggiungere la è riserbato per regola generale alla discrezione del magistrato. Diciamo per regola generale perchè in taluni casi il magistrato è obbligato di aggiungerla. Tali sono i casi contemplati dall'art. 28 secondo comma delle II. pen. (Nota del traduttore).

(1) V. la nostra precedente nota (Nota del traduttore).

condannato privazione parziale: soltanto dei dritti medesimi, la quale inoltre non sarà che una conseguenza mediata della condanna.

IV. — Nel terminare questo paragrafo, e per completare il quadro delle disposizioni relative alla materia di cui si tratta, dobbiamo far osservare che havvi un'altra privazione risultante da condanne giudiziarie, cioè quella non più del godimento de' dritti civili ma dell'esercizio di siffatti dritti.

Questa privazione ha luogo in due casi:

1.° Essa è uno degli effetti di ogni pena affittiva, ma cessa con la pena che le ha dato origine.

Il condannato ad una pena affittiva durante il tempo della pena medesima è dunque in uno stato d'interdizione legale, e durante questo tempo è provveduto di un tutore e di un tutore surrogato (cod. pen. art. 29, 30, 31) (1).

2.° Essa, come osservammo nell'art. 28 [31], colpisce l'individuo condannato in contumacia ad una pena che apporta morte civile; lo colpisce, diciamo, durante i cinque anni di grazia che gli sono accordati, a cominciare dall'esecuzione in effigie, e durante i quali la morte civile non lo colpisce ancora. Durante questo periodo i suoi beni sono amministrati dal demanio, come si è del pari osservato (2).

REASSUNTO DEL TITOLO PRIMO.

N. B. — Le indicazioni degli articoli posti fra parentesi nel riassunto rinviano al commentario degli articoli indicati, più che al testo rispettivo.

Per riassumere questo primo titolo del codice è a vedersi: 1.° A chi è accordato in Francia il godimento de' dritti civili; 2.° In qual modo coloro i quali ne sono in possesso possano esserne privati.

CAPITOLO PRIMO

A CHI S' APPARTIENE IL GODIMENTO DEI DIRITTI CIVILI.

I. — È mestieri distinguere il godimento dei dritti civili dall'esercizio di questi dritti. Il godimento per così dire è la proprietà del dritto, l'esercizio la facoltà di usarne. Questo non può dunque aver luogo senza di quello; ma il godimento esiste pure senza che l'accompagni l'esercizio. Così questo e-

sercizio è in tutto o in parte negato: 1.° ai minori; 2.° alle donne maritate; 3.° agli interdetti; 4.° ad alcuni altri ne' casi stabiliti dalla legge (art. 8 [9]).

Appartiene il godimento de' dritti civili, 1.° ad ogni individuo che abbia la qualità di francese, purchè non ne sia privato per effetto di una condanna; 2.° allo straniero ammesso con autorizzazione del governo a stabilire il suo domicilio in Francia (art. 8 e 13 [9]).

Nella prima sezione osserveremo a chi appartenga la qualità di francese; nella seconda tratteremo dello straniero ammesso dal governo a stabilirsi in Francia; indi nella terza vedremo in quali limiti e con quali condizioni gli stranieri ordinarli possono godere de' dritti civili.

SEZIONE PRIMA

A chi appartiene la qualità di francese.

II. — Si è francese o per nascita o per un posteriore beneficio della legge.

Sono francesi per nascita: 1.° il figlio legittimo di un padre francese, qualunque sia la qualità della madre; 2.° il figlio naturale riconosciuto, volontariamente o giudiziarmente, da un padre francese, qualunque sia la qualità della madre, l'abbia questa o pur no riconosciuto; 3.° il figlio naturale di una donna francese, non riconosciuto dal padre, ma che sia stato riconosciuto dalla medesima, o che abbia giudiziarmente provata la sua maternità; 4.° il figlio nato in Francia da genitori legalmente ignoti, cioè da un padre e da una madre a fronte dei quali non vi è stato nè riconoscimento volontario, nè dichiarazione giudiziarie di paternità o di maternità (art. 8 [9]).

Allorchè il figlio deve seguire la condizione del padre, gli è quella che costui aveva nel momento del concepimento che bisogna prendere in considerazione. Quando segue la condizione della madre si ritiene di regola il momento della nascita; ma se l'applicazione della regola è sfavorevole al figlio, bisogna per eccezione attenersi a qualunque momento della gravidanza che possa tornargli più vantaggioso (ivi).

III. — Diventano francesi per beneficio della legge:

1.° Il figlio straniero, ma nato in Francia, il quale domandi la qualità di francese nell'anno della maggiore età stabilita dalle leggi del suo paese, purchè dichiari l'intenzione di rimanere in Francia, o, non trovando-

(1) Vedasi ciò che abbiain detto intorno all'interdizione patrimoniale nota (3) pag. 423. (Nota del traduttore).

(2) V. la nostra nota (1) pag. 408 (Nota del traduttore).

visi, di venirvisi a stabilire tra l'anno, dalla sua dichiarazione, e che effettivamente il faccia durante il cennato termine; — allorché questo straniero nato in Francia serva o abbia servito nell'armata francese; o pure, se assoggettatosi alla legge di reclutazione, non sia divenuto soldato per avere evitato il servizio a motivo di una causa applicabile anche ai francesi, e senza invocare la sua qualità di straniero, egli divenuto maggiore può fare in ogni tempo la sua dimanda (art. 9 [11]);

2.° Il figlio nato in Francia o in paese straniero da un francese che abbia perduto questa qualità, ed al quale esso legalmente appartiene, purché costui adempia in qualunque sua età le formalità che abbiamo indicate (art. 10 [12 e 13]);

3.° La donna straniera che sposi un francese (art. 12 [14]);

4.° Gli abitanti di una provincia, pel solo fatto dell'incorporazione di questa provincia al territorio francese (ivi);

5.° Quelli che hanno ottenuto una delle due specie di naturalizzazione (ivi).

IV. — Questi ultimi sono non solamente francesi, ma ancora cittadini; però essi non hanno la pienezza de' dritti civili.

Difatti nè la naturalizzazione ordinaria, la quale non si concede che dopo dieci anni di dimora, nè quella straordinaria, che il governo può accordare dopo un anno di domicilio a coloro che abbiano renduto servigi alla Francia, concedono il dritto di sedere nell'assemblea nazionale. Oramai questo dritto non può esser conferito se non dopo ottenuta la naturalizzazione e per una legge speciale. (art. 12 [14], III).

V. — Quanto ai francesi di origine, essi sono cittadini pel solo fatto di essere maschi e maggiori, e sotto questo nome di francesi di origine bisogna comprendere: 1.° quelli che, nati francesi, non hanno mai perduta siffatta qualità; 2.° quelli che hanno recuperata la qualità di francese dopo averla perduta per tutt'altra causa che per servizio militare presso lo straniero; 3.° quelli che, nati da un francese che aveva perduta questa qualità, siano divenuti francesi per la seconda delle cinque cagioni di sopra additate; 4.° finalmente quelli che hanno ottenuto tal qualità mercè la prima delle enunciate cagioni (art. 12 [14], IV e V).

SEZIONE II.

Degli stranieri ammessi a stabilirsi in Francia.

VI. — Lo straniero ammesso con autorizzazione del governo a stabilire il suo domicilio in Francia, ivi gode de' dritti civili al pari dello stesso francese.

Pur tuttavolta tra lui ed il francese vi sono tre differenze:

1.° Qualunque sia il tempo che decorra dopo il suo stabilimento in Francia, lo straniero resta sempre straniero, ed in conseguenza sottoposto alle leggi personali del suo paese: i suoi dritti dunque son diversi da quelli del francese in quanto alla capacità di maritarsi, di disporre a favore di talune determinate persone, ec.

2.° Il godimento de' dritti civili essendo per lui l'effetto dell'autorizzazione del governo, questo può farlo cessare ritirando l'autorizzazione.

3.° Perderebbe ancora questo godimento pel fatto solo che si fosse andato a stabilire in paese straniero, mentre che per farlo perdere al francese si richiede uno stabilimento fatto in paese straniero *senz'animo di ritornare*.

Del rimanente l'autorizzazione del governo accorda allo straniero non solo il godimento ma cizandio l'esercizio de' dritti civili. Beninteso però che questo esercizio non può appartenergli che quando è maggiore, a norma delle leggi del suo paese (art. 13 [9 n. 2.°]).

SEZIONE III.

Come il godimento de' dritti civili viene accordato agli stranieri medesimi.

VII. — Il legislatore, stabilendo sotto questo rapporto una giusta reciprocità, dispone che gli stranieri godranno in Francia quei dritti civili di cui il francese potrà godere nel loro paese in virtù di trattati fatti tra questo paese e la Francia (1). Tuttavia a questa regola generale vi ha eccezione quanto alla facoltà di trasmettere e di ricevere, sia per successione, sia per donazione tra vivi o testamentaria; sotto questo rapporto gli stranieri, dopo la legge del 14 luglio 1819, godono gli stessi dritti che i Francesi medesimi (art. 11 [9 n. 2.] (2)).

(1) V. la nostra nota (1) pag. 73 (*Nota del traduttore*).

(2) Ciò che in questo luogo dice l'autore non è applicabile per noi, per non avere alcuna legge

speciale corrispondente a quella francese del 1819. Veggasi invece ciò che si è detto nella nostra nota (1) pag. 73 (*Nota del traduttore*).

VIII. — Poichè ci occupiamo degli stranieri, vediamo quando e come diventano giudicabili dai tribunali di Francia.

Lo straniero può essere citato innanzi ai tribunali di Francia da qualunque francese rispetto al quale trovasi obbligato, sia che la obbligazione risulti o pur no da un contratto, e sia che il contratto sia stato stipulato in Francia o in paese straniero; beninteso però che la sentenza non può eseguirsi che sui beni che questo straniero possiede in Francia, a meno che un trattato fatto tra la Francia e il suo paese non permetta in quest'ultimo luogo l'esecuzione delle sentenze francesi (art. 14 e 15 [15 e 16]).

Quando è lo straniero che citi un altro straniero innanzi ad un tribunale francese, questo non è competente che in tre casi:

- 1.° Se vi è il consenso delle due parti;
- 2.° In materia commerciale;
- 3.° In materia reale pe' beni esistenti in Francia.

Ne' due ultimi casi il tribunale è obbligato di giudicare; nel primo è in sua facoltà il farlo (art. 15 [16]).

IX. — Quanto allo straniero attore è chiaro che può sempre chiamare il francese innanzi ai tribunali di Francia; ma deve dargli cauzione per le spese e danni-interessi che potrebbero risultare dal giudizio, eccetto:

- 1.° In materia di commercio;
- 2.° Quando questo straniero possieda in Francia immobili sufficienti;
- 3.° Allorchè depositi una somma determinata all'uopo dal tribunale;
- 4.° Quando un trattato tra la Francia ed il suo paese lo dispensi da questa cauzione;
- 5.° Infine quando questo trattato permetta di eseguire nel detto paese le sentenze pronunziate in Francia (art. 16 [17]) (1).

Lo straniero attore, che non ha dato cauzione in prima istanza, non può essere costretto a darla in appello, tranne quando aveva dapprima un motivo di dispensa che non più esiste nel tempo dell'appello (ivi).

Le altre differenze principali che vi sono tra lo straniero ordinario da un canto, e dall'altro il francese e lo straniero che godono de' dritti civili, consistono:

1.° Il primo per qualunque sentenza di condanna si trova sottoposto all'arresto personale;

2.° Prima di qualunque sentenza egli può, pel solo fatto di essere debitore, o dal momento dell'esigibilità, essere arrestato in virtù di ordinanza del giudice;

3.° Infine non può mai essere ammesso al beneficio della cessione (art. 14 e 16 [15 e 17]).

(1) Qui ricordiamo che, avendo le nostre leggi ammessa la reciprocità di fatto, non vi è biso-

gno di un trattato: veggasi all' nopo la nota (1) pag. 73 (Nota del traduttore).

N. B. — Le sentenze straniere, quando un trattato non ne permetta l'esecuzione in Francia, non vi possono essere eseguite se non dopo che un tribunale francese le abbia dichiarate esecutive. Non basta che vi sia apposto un semplice visto dal presidente del tribunale; bisogna che l'intero tribunale si riunisca, non per novellamente discutere il merito della causa, giacchè si è giudicato, ma per esaminare se il giudicato contenga delle disposizioni che siano in contraddizione con le nostre diverse regole di ordine pubblico (art. 15 n. III [16]).

CAPITOLO II.

DELLA PRIVAZIONE DE' DIRITTI CIVILI.

X. — Si può esser privato de' dritti civili:

- 1.° per la perdita della qualità di francese;
- 2.° in conseguenza di condanne giudiziarie.

SEZIONE PRIMA.

Privazione de' dritti civili per la perdita della qualità di francese.

La qualità di francese si perde in cinque modi:

- 1.° Per la naturalizzazione acquistata in paese straniero. L'autorizzazione di stabilirvi domicilio (*denization*) non basta;
- 2.° Per l'accettazione non autorizzata di pubblici impieghi stranieri;
- 3.° Per lo stabilimento fatto in paese straniero senz'animo di ritornare.

La mancanza d'animo di ritornare non si presume giammai e dev'essere sempre provata: come pure non è mai provata per via d'uno stabilimento di commercio, qualora non vi si aggiungano altre circostanze.

4.° Per la donna francese a causa del suo matrimonio con un individuo straniero dal momento che tal matrimonio è contratto;

5.° Pel servizio militare preso in paese straniero (art. 17-19 e 21 [20, 22 e 23, e 25]).

XI. — La qualità di francese una volta perduta può riacquistarsi:

1.° Ne' primi tre casi precedenti, mediante il ritorno in Francia autorizzato dal governo con dichiarazione della volontà di stabilirvisi;

2.° Nel quarto caso, cioè per la francese che ha sposato uno straniero, col solo fatto della morte del marito, se nel momento di questa morte essa dimori in Francia; se poi non vi dimori, coll'adempimento delle formalità richieste ne' primi tre casi: il di-

gno di un trattato: veggasi all' nopo la nota (1) pag. 73 (Nota del traduttore).

vorzio produrrebbe lo stesso effetto della vedovanza (4);

3.° Nel quinto ed ultimo caso, col ritorno in Francia, mercè permissione del governo, ed un domicilio di dieci anni, durante i quali l'ex-francese avrebbe il godimento de' dritti civili come l'ha lo straniero ammesso a stabilirsi in Francia (art. 19 a 24 [22 e 23 a 25]).

SEZIONE II.

Privazione de' dritti civili in conseguenza di condanne giudiziarie.

La privazione dei dritti civili in conseguenza di condanne giudiziarie può essere totale o parziale.

§. 1.° — Privazione totale o morte civile.

XII. — La privazione totale de' dritti civili in conseguenza di una condanna giudiziaria prende il nome di *morte civile* (2).

La morte civile può essere delimita uno stato di pena risultante accessoriamente da una condanna; stato nel quale l'individuo si reputa morto agli occhi della legge e privato di tutti i dritti civili, eccetto quelli il cui godimento è necessario alla conservazione della sua esistenza naturale.

Così la regola è che il condannato sia privato di tutti i dritti civili e reputato morto; se poi gode di qualcuno di questi dritti, se è riconosciuto vivente sotto qualche rapporto, non lo è che per eccezione.

Vediamo ora quali sono le conseguenze di queste due idee.

Giacchè l'individuo che giugne a questo stato si reputa morire, ne segue:

1.° Che la sua successione si apre in quell'istante medesimo; ed è a notare che si apre sempre in favore de' suoi legittimi eredi, attesa che non può far testamento, e questo non già perchè sia incapace quando muore civilmente, imperciocchè non si può certamente essere colpito dalla morte civile che sino a quando si ha la vita civile, ma perchè la legge lo trova indegno di un tal favore;

2.° Che il suo matrimonio civile è sciolto ed il suo coniuge può contrarne un altro (3). Quanto a lui è chiaro che, quand'anche la morte civile lo trovasse celibe, non può più maritarsi (beninteso civilmente, poichè potrebbe contrarre un matrimonio naturale e

religioso) (4); se poi per frode contraesse un matrimonio civile, allora questo sarebbe nullo, e bastardi si stimerebbero i suoi figli, ai quali non potrebbe neanche dare per via di riconoscimento il titolo di figli naturali. Intanto bisogna eccettuare il caso in cui il coniuge del morto civilmente sia stato ingannato; poichè la buona fede di questo coniuge produrrebbe gli effetti civili del matrimonio e per esso e pe' figli, i quali allora sarebbero figli legittimi, e succederebbero non al padre loro, giacchè costui sarebbe sempre incapace di trasmettere, ma ai parenti del medesimo;

3.° Che non può più trasmettere nè acquistare, sia per successione, sia per testamento, sia per donazione tra vivi, e che tutti i beni che potrà lasciare al tempo della sua morte naturale, apparterranno allo stato. Intanto il capo dello stato può disporre di questi beni come l'umanità gli suggerirà in favore o della vedova o de' parenti del morto civilmente; e ciò quand'anche si trattasse di una donna o di figli che non potessero invocare gli effetti di un matrimonio contratto di buona fede (5);

4.° Che non può presentarsi in giudizio, nè come attore, nè come convenuto, nè come testimone, nè come perito; che non può occupare alcuno impiego, alcun pubblico ufficio, nè esercitare alcun dritto politico qualunque siasi; che non può nè restare nè diventare membro dell'università, nè esercitare una professione che richieda un grado nelle facoltà, ec. (art. 25) (6).

XIII. — Ma d'altra parte, e siccome per eccezione egli gode di quei dritti civili che sono relativi alla sua esistenza naturale, bisogna concludere:

1.° Che può seguitare a fare i contratti che sono di dritto delle genti, e per conseguenza tradurre o esser tradotto in giudizio per le liti alle quali dessero luogo questi contratti. Soltanto, siccome non può egli personalmente comparir in giudizio, vi sarà rappresentato da un curatore speciale, che sarà nominato dal tribunale, e sotto il nome del quale egli agirà;

2.° Che può ricevere per donazione, sia tra vivi, sia testamentaria, allorchè gli è fatta per alimenti;

3.° Che può domandare gli alimenti, mediante istanza giuridica, dalle persone alle quali la legge permette di chiederli;

(1) Ripetiamo che per le nostre leggi il divorzio non è ammesso; vedasi la nostra nota (3) pag. 40 (Nota del traduttore).

(2) V. la nota (3) pag. 87, da cui risulta non esser ritenuta dalle nostre leggi la morte civile (Nota del traduttore).

(3) V. la nostra nota (1) pag. 116, da cui risulta come ciò sia sempre impossibile ad avvenire

per le nostre leggi (Nota del traduttore).

(4) V. la nostra nota (3) pag. 96 (Nota del traduttore).

(5) V. la nostra nota (5) pag. 120 (Nota del traduttore).

(6) Soppresso nelle nostre leggi (Nota del traduttore).

4.° che può fare, anche in forma autentica, tutti gli atti necessari pel traffico che esercita e pel corso ordinario degli affari della vita (art. 25) (1).

XIV. — Vediamo quali cause producano la morte civile.

La morte civile non può formare obbietto diretto di una condanna; poichè non è una pena propriamente detta, una pena principale, ma l'accessorio di una pena; rigorosamente parlando essa non è neppure la conseguenza della pena, ma sì bene la conseguenza della condanna ad una pena.

Essa risulta da qualunque condanna a morte, ai lavori forzati a vita od alla deportazione, purchè siffatta condanna non sia proferita da un tribunale militare (art. 23, 24, e 33-III) (2).

Nondimeno essa non s'incorre pel solo fatto della condanna; ma si richiede inoltre l'esecuzione, che nemmeno sempre è sufficiente.

Difatti per le condanne contraddittorie essa ha luogo nel momento stesso della esecuzione, sia reale, sia fittizia; ma per le condanne in contumacia solamente ha luogo allo spirare de' cinque anni dopo l'esecuzione in effigie (art. 26 e 27 [29 e 30]) (3).

XV. — Per ben comprendere la teoria della legge in questo caso di contumacia è mestieri distinguere tre periodi.

Il primo comincia dall'esecuzione in effigie e dura cinque anni. Il condannato conserva per tutta la durata del periodo medesimo il godimento de' dritti civili, ma non ne ha l'esercizio. Se il condannato ricomparisce, o volontariamente, o perchè sia arrestato, la sentenza che lo condannò si reputa non avvenuta, e si giudica novellamente: egli ricupera l'esercizio de' suoi dritti civili, ma a cominciare soltanto dalla sua comparsa, e non già retroattivamente, poichè questa privazione di esercizio non era l'effetto della sentenza ora annullata, ma l'effetto dell'ordinanza renduta dal presidente della corte d'assise, la quale lo colpiva con tal privazione per punirlo di essersi mostrato ribelle alla legge.

Gli atti da lui fatti prima della sua comparsa sarebbero adunque nulli, ad eccezione però del suo matrimonio, al quale la cennata privazione dell'esercizio de' dritti civili non formava che un impedimento proibitivo. Se do-

po essere comparso, scomparisse di nuovo, la sua comparsa si riterrebbe non avvenuta, e il termine di cinque anni continuerebbe a decorrere dall'esecuzione del primo giudicato.

La morte naturale del condannato avvenuta durante questo primo periodo nulla cambierebbe al suo stato; egli dunque si reputerebbe morto nel godimento, ma senza l'esercizio de' suoi dritti civili (art. 26, 29 e 31 [29, 32, e 34]) (4).

XVI. — Il secondo periodo comincia allo spirare de' cinque anni dopo la fittizia esecuzione, e termina dopo venti anni dalla data dell'arresto (5).

In tal caso la morte civile ha colpito il contumace. Tuttavia essa termina pel solo fatto della sua presentazione, o volontaria, o forzata, ma solo a datare dalla sì fatta presentazione non retroattivamente; di guisa che è una risurrezione civile, ed è sempre vero il dirsi che la persona sia stata civilmente morta. Il suo antico matrimonio rimane dunque sciolto, e per produrre effetti civili dovrà nuovamente contrarsi (6); i beni che possedeva allorchè lo colpì la morte civile restano acquistati da coloro che erano allora suoi eredi. Ma il vincolo di parentela civile che era stato infranto è ristabilito, e questo individuo trovasi di pieno dritto ricongiunto ai suoi figli ed agli altri suoi parenti. Quanto ai figli che abbia avuti durante la sua morte civile, essi non gli appartengono in conseguenza del semplice ritorno alla vita civile; solamente può riconoscerli, può anche legittimarli, contraendo matrimonio con la donna dalla quale li abbia avuti (art. 30 [33]).

XVII. — Il terzo periodo comincia dopo venti anni dalla data della sentenza e termina con la morte naturale del condannato (7).

In quest'ultimo periodo la morte civile è irrevocabilmente incorsa, imperocchè, se il contumace ha prescritto contro la società la pena alla quale era condannato, la società ha contro di lui prescritto la facoltà che avea di farsi giudicare e di stare in giudizio per tale effetto. Non vi sarà più dunque per lui che lo straordinario mezzo del ricorso alla clemenza del capo dello stato (art. 32 [33]).

XVIII. — Infatti il capo dello stato ha il diritto di far grazia e di commutare le pene.

La grazia ed anche la commutazione in una pena che non produce morte civile impe-

(1) Vedasi la nota precedente (*Nota del traduttore*).

(2) I tre articoli citati dal nostro autore non hanno corrispondenti nelle nostre leggi, che ne hanno sopresse le disposizioni, riguardanti tutte l'abolita morte civile (*Nota del traduttore*).

(3) V. la nostra nota (2) pag. 104, intorno all'abolita esecuzione in effigie (*Nota del traduttore*).

(4) V. la nota (1) pag. 118 circa la riforma portata dal nostro art. 34 all'art. 31 del codice francese (*Nota del traduttore*).

(5) V. la precedente nostra nota (3). (*Nota del traduttore*).

(6) V. la nostra nota (3) pag. 116 (*Nota del traduttore*).

(7) V. la nostra nota (1) pag. 407 (*Nota del traduttore*).

discono che questa s'incorra allorchè hanno luogo prima dell'esecuzione della sentenza; ma quando avvengono dopo incorsa la morte civile non possono più farla cessare che per l'avvenire, e di più è d'uopo che gli analoghi reseritti abbiano questo punto speciale per oggetto; poichè la grazia della pena o la sua commutazione per sè stesse non apporterebbero remissione della morte civile.

È chiaro che nel terzo periodo, di cui poco fa parlavamo, la pena essendo prescritta, non vi sarebbe più luogo a commutazione, ma soltanto ad una grazia, e che questa avrebbe per solo ed unico oggetto la remissione della morte civile (art. 33 n. IV (1)).

§. 2. — Privazione parziale.

XIX. — Abbiain veduto che la privazione totale de' dritti civili in conseguenza di condanne giudiziarie, in altri termini la morte civile, non risulta mai da una condanna se non accessoriamente e come mediata conseguenza. Tutt'altro avviene della privazione parziale, che talvolta è il risultato accessorio di una condanna, talvolta una pena principale direttamente pronunziata (2).

Come pena principale la privazione parziale de' dritti civili si ha:

1.° Nella *degradazione civica*, che il codice penale mette nel numero delle pene criminali infamanti (non affittive), e che consiste nella privazione per un tempo indeterminato di tutti i dritti politici e di una parte de' dritti civili (3);

2.° Nell'*interdizione a tempo* di certi dritti civili e civili, che lo stesso codice indica come una delle pene correzionali (§ 2 in seguito dell'art. 33).

XX. — Come risultato accessorio poi di una condanna la privazione parziale de' dritti civili si ha:

1.° Nella *degradazione civica*, la quale, oltre che è essa stessa una pena criminale, accompagna come necessaria conseguenza quelle pene criminali che non apportano morte civile;

2.° Nell'*ipotesi d'un deportato*, al quale il governo avesse accordato, come la legge gli permette, il godimento di una parte de' dritti civili che la morte civile gli aveva tolti.

Infine ricordiamo che la legge pronunzia privazione non del godimento di tutti o parte de' dritti civili, ma dell'*esercizio* di tutti questi dritti:

1.° Per ogni condannato a pena affittiva durante il tempo che la subisce (4);

(1) Soppresso nelle nostre leggi (*Nota del traduttore*).

(2) V. la nostra nota (3) pag. 123 (*Nota del traduttore*).

2.° Pel condannato in contumacia ad una pena che produce morte civile durante i cinque anni che seguono l'esecuzione in effigie (*ivi*) (5).

TITOLO II.

Degli atti dello stato civile.

(Decretato li 11 marzo 1803 — Promulgato li 24).

Come già l'abbiam detto nel principio di questo libro primo, i dritti civili che appartengono a ciascuna persona e la capacità di cui essa gode variano necessariamente secondo le diverse qualità che si trova di avere in mezzo alla società civile. Importa dunque di conoscere se un individuo sia maggiore o minore; se appartenga alla tale o tal altra famiglia, e se le si congiunga mediante un vincolo legittimo o pure soltanto naturale; se abbia ancora o pur no il padre e la madre o altri ascendenti, se sia o pur no maritato, ec.

Ora per assicurare queste diverse circostanze il legislatore ha prescritto la redazione di processi-verbali destinati a provare la nascita e la illiazione, il matrimonio e la morte di ciascuna persona.

L'insieme delle diverse qualità di sopra indicate costituendo per ciascuno il suo *stato civile*, si dà ai processi-verbali destinati a comprovarle il nome di *atti dello stato civile*, e quello di *uffiziali dello stato civile* ai funzionari incaricati della loro redazione.

Fra le regole relative agli atti dello stato civile avviene alcune che sono comuni a tutti gli atti, e le altre sono particolari a ciascuna specie. Il legislatore si occupa delle prime nel capitolo I, intitolato *disposizioni generali*; in quanto alle altre separatamente le indica nel capitolo II (atti di nascita), nel III (atti di matrimonio), e nel IV (atti di morte). Il capitolo V indica le regole eccezionali a seguirsi in un caso particolare, nel quale non si potevano richiedere le formalità ordinarie. Infine il capitolo VI tratta della rettificazione degli errori che avessero potuto incorrere negli atti dello stato civile.

CAPITOLO PRIMO.

DISPOSIZIONI GENERALI.

21. [56] — Gli atti dello stato civile esprimeranno l'anno, il giorno e l'ora, in cui

(3) V. la nostra nota (2) pag. 123 (*Nota del traduttore*).

(4) V. la nota precedente (*Nota del traduttore*).

(5) V. la nota (3) pag. 406 (*Nota del traduttore*).

saranno ricevuti, i nomi, i cognomi, l'età, la professione, ed il domicilio di tutti coloro che in essi saranno nominati.

35. (37) — Gli ufficiali dello stato civile non potranno inserire cosa alcuna negli atti che riceveranno, sia per annotazione, sia per qualsivoglia indicazione, oltre quello che debb' essere dichiarato dai comparenti.

I. — A chi sono in Francia affidate le funzioni d'ufficiali dello stato civile? ... Anticamente, come già si è detto sotto l' art. 25 n. VI (1), queste funzioni erano adempite dai curati delle parrocchie. L'assemblea costituente, proclamando la libertà de' culti, temè che il modo seguito sino a quel momento in quanto alla redazione degli atti non lasciasse una sufficiente indipendenza; e con la costituzione del 3 settembre 1791, tit. 2, art. 7, dichiarò che il potere legislativo avesse a stabilire per tutti gli abitanti senza distinzione un modo unico di comprovare le nascite, i matrimoni e le morti, e a designare gli ufficiali pubblici che ne riceverebbero e conserverebbero gli atti.

Dopo un anno, sotto l'assemblea legislativa, venne ordinato con la legge del 20 settembre 1792, tit. 1, art. 1 e 2, che in avvenire le municipalità ricevessero e conservassero questi atti, e che i consigli generali dei comuni indicassero fra i loro membri, secondo la popolazione de' luoghi, una o più persone incaricate di queste funzioni.

La legge del 19 vendemmiale anno IV (11 ottobre 1793), art. 12, ordinò che ne' comuni al di sotto di 5,000 abitanti, l'agente municipale, oggi il *maire* (sindaco) o il suo aggiunto, esercitasse le funzioni d'uffiziale dello stato civile; per gli altri comuni furono sempre esercitate le dette funzioni da uno de' membri della municipalità dalla stessa nominato.

Infine, giusta il prescritto dalla legge del

28 piovoso anno VIII (17 febbraio 1800), art. 13, sono oggi i *maires* e gli aggiunti che adempiono a tali funzioni in tutti i comuni.

Sotto questo rapporto i medesimi non sono agenti amministrativi, ma funzionari dell'ordine giudiziario; in conseguenza dipendono non più dai prefetti, ma dai procuratori della repubblica (2).

II. — La disposizione del nostro articolo fa agli uffiziali dello stato civile una ingiunzione che a primo aspetto pare che abbia un solo scopo, ma che in realtà ne abbraccia più d'uno. Difatti essa prescrive: 1.° che i medesimi enuncino nell'atto solo quello che è dichiarato dai comparenti; 2.° che non enuncino in esso tutto ciò che costoro potessero dichiarare, ma sopprimano dalla loro dichiarazione le notizie che non sono richieste dalla legge.

« Gli uffiziali redattori, diceva Siméon nel suo rapporto al tribunato, non possono aggiungere né togliere alle dichiarazioni che debbono loro esser fatte; ma le parti debbono dichiarare solo ciò che dalla legge si domanda. Se oltrepassano tali limiti, il pubblico uffiziale può e deve rifiutare quello che nelle loro dichiarazioni ecceda o avversi il desiderio della legge. » (Fenet., t. VIII, p. 291).

Così non si deve dichiarare, e se si dichiara l'uffiziale non deve enunciarlo nell'atto, che una persona sia morta assassinata, o in una prigione, o sul palco; imperciocchè l'art. 85 (90) formalmente inibisce la menzione di siffatte circostanze. Neppure si potrebbe enunciarne che il tal figlio che ha per madre Maria, moglie di Pietro, abbia per padre Paolo; o pure che esso figlio che ha per madre Maria, donna non maritata, abbia per padre Vittore, zio della madre; perchè da ciò risulterebbe che il figlio è adulterino o incestuoso; ed in questi casi lo stesso formale riconoscimento del padre non potrebbe aver luogo, ai termini

atti privati, per la ragione che il *fus receptum* unito al tacito consenso della sovranità dava a tali atti una caratteristica legale ed autentica.

La legge del 12 dicembre 1816 dispose che in ogni comune il sindaco è uffiziale dello stato civile (art. 56 com. 6°), ed in caso di sua assenza o impedimento ne esercita le veci il secondo eletto. — Che nel comune di Napoli, dove sonovi un sindaco e dodici eletti, de' quali è addetto uno a ciascuna delle dodici sezioni in che il comune è diviso, l'eletto è uffiziale dello stato civile nella sua sezione (art. 78), ed in caso di assenza o impedimento lo surroga il più anziano tra i due suoi aggiunti (art. 81). Si consultino ancora i decreti del 29 ottobre e 24 dicembre 1808, del 44 settembre 1819, del 10 aprile 1820, degli 11 agosto 1825, e del 24 novembre 1826. (Nota del traduttore).

(1) Soppresso nelle nostre leggi (Nota del traduttore).

(2) Anche presso di noi nel medio evo la religione cristiana per mezzo de' suoi ministri supplì ai mancati pubblici registri de' matrimoni, delle nascite e delle morti. Non pertanto i registri che tenevano i parrochi avevano per fine l'adempimento de' doveri imposti dai sacri canoni agli ecclesiastici, cui era confidata la cura delle anime, e non erano richiesti o autorizzati da alcuna legge civile. In conseguenza non facevano piena fede in giudizio, nè provavano la filiazione, per la quale ricorrevasi alla prova testimoniale (V. de Luca de *judiciis* diss. XXX. n. 8). Per altro non è a tacere che la nostra R. Camera di S. Chiara e lo stesso S. R. C. più volte decisero che le fedeli estratte da questi registri si dovessero reputare atti pubblici, e come provenienti da pubblico archivio, e non

dell'art. 335 [258]. Così eziandio non si potrebbe enunciare che il tal figlio naturale abbia il tale individuo per padre, eccetto se la dichiarazione fosse fatta dal padre stesso o dal suo procuratore fornito di speciale facoltà, atteso che il riconoscimento del padre dev'essere volontario, ed ai termini dell'art. 340 [263] il figlio naturale non può essere ammesso a ricercare nè a provare che il tale individuo sia suo padre, ancorchè fosse in istato di contestarlo per via di prova scritta ed in modo evidente.

Per contrario le indagini sulla maternità sono ammesse, come si osserverà nell'art. 341 [246]. Ma vedremo ancora che il figlio abbisogna di un principio di prova scritta, e dimostreremo che l'atto di nascita non può essergli utile. Laonde, l'atto di nascita non facendo prova dell'enunciazione con la quale è indicata la madre, tale enunciazione non farà parte di quanto dev'essere dichiarato dai componenti. L'uffiziale dello stato civile non dovrebbe dunque ammetterla, ai termini del nostro articolo, o se l'ammetta allorchè spontaneamente gli si faccia, non essendo precisamente contraria al prescritto della legge, come quelle di cui testè favellammo, almeno non deve pretenderla, siccome praticano molti uffiziali fra quelli che di tal qualità son rivestiti.

306[38].—Le parti interessate, nel caso in cui non saranno tenute a comparire personalmente, potranno farsi rappresentare da persona munita di procura speciale ed autentica.

1.—Le parti possono farsi rappresentare per mezzo di un loro speciale procuratore in tutti gli atti dello stato civile, eccetto però quelli di matrimonio, in cui la loro presenza è necessaria. Non già che una legge formale sia venuta a proibire i matrimoni per

procura, che un tempo erano permessi; ma siffatta proibizione risulta abbastanza dallo spirito della legge. Difatti non si rinviene, nè nel titolo del matrimonio, nè nel capitolo III del nostro titolo, che tratta degli atti di matrimonio, disposizione alcuna che faccia allusione all'ipotesi di un matrimonio contratto per procura; al contrario si parla sempre delle parti soltanto, precipuamente nell'art. 75 [77 (1)]. Il nostro articolo d'altronde prova che vi è almeno un caso in cui le parti sono obbligate di comparire di persona, e tal caso non può essere che quello del matrimonio (2). Infine, nel tempo della discussione del nostro titolo, Bonaparte formalmente disse in una delle conferenze del consiglio di stato che il matrimonio non avrebbe più luogo che fra persone presenti. Adunque con ragione la dottrina contraria di Merlin (*Rep.*, v. Matr. sez. 4, quist. 4) e di Toullier (1-574) è generalmente respinta (3).

317[39].—I testimoni presentati per gli atti dello stato civile non potranno essere che maschi in età almeno di ventun anno, parenti o altri; e saranno scelti dalle persone interessate.

1.—Le sole condizioni richieste per far da testimone negli atti dello stato civile sono dunque di esser maschio ed in età di ventun anno, di guisa che non è neppure necessario di esser francese. Quindi la legge in questi casi è molto meno esigente di quanto lo è per tutti gli altri atti della vita comune; poichè, ai termini degli art. 9 e 10 della legge organica del notariato del 25 ventoso anno XI, i testimoni chiamati per la redazione di un atto innanzi notaio debbono essere cittadini francesi, che sappiano scrivere, e domiciliati nel circondario ove l'atto è fatto, e di più si richiede che non siano parenti nè affini in linea retta all'infinito, in linea col-

(1) Veggasi sotto l'art. 75 del codice francese in che sia stato modificato dal nostro art. 77. (*Nota del traduttore*).

(2) Checchè voglia ritenersi del ragionamento dell'autore, egli è però certo che fra noi per uso costante si ritenne potersi celebrare la solenne promessa di matrimonio per mezzo di procura. Allorchè fu pubblicato il codice francese tra noi, essendosene dubitato, con ufficio del ministero di giustizia diretto a quello degli affari interni in data del 1° luglio 1809 furono determinate molte restrizioni nell'uso delle procure in simili casi, e tra l'altra quella che un solo degli sposi potesse valersene e l'altro dovesse essere assolutamente presente. — Ora, nessuna espressa disposizione delle nostre leggi vietando tale uso, dovette ritenersi la sua legalità. Che anzi, avuto riguardo agli effetti della solenne promessa di matrimonio per

le nostre leggi, di molto minore efficacia del contratto civile di matrimonio contemplato dal codice francese, parve che potesse alla medesima con facilità maggiore estendersi l'anzidetto uso. — Quindi con decreto del 15 giugno 1829 fu espressamente permesso di potersi procedere alla solenne promessa valendosi di procuratore, munito di mandato in forma autentica, e senza facoltà di sostituire, a meno che non gli fosse stata formalmente concessa; nel qual caso fu uopo ancora di altra procura nella stessa forma autentica da parte del mandatario che ne sostituisce altro (*Nota del traduttore*).

(3) Loire (II p. 456), Favard (v. At. dello st. civ. § 2, n. 3), Duranton (I 287), Vazeille (I 184), Zacariae (III, p. 290), Demolombe (III 210); Bastia, 2 aprile 1849 (*Dev.*, 49, 2, 338).

laterale sino al terzo grado, nè domestico o del notaio o di una delle parti contraenti, nè infine commessi di esso notaio (1).

39 [40]. — L'uffiziale dello stato civile farà lettura degli atti alle parti comparenti, o ai loro procuratori, ed ai testimoni.

In essi sarà fatta menzione dell'adempimento di questa formalità.

39 [41]. — Questi atti saranno sottoscritti dall'uffiziale dello stato civile, dai comparenti e dai testimoni; ovvero si farà menzione della causa che ha impedito ai medesimi di sottoscrivere.

40 [42]. — Gli atti dello stato civile saranno iscritti in ciascun comune sopra uno o più registri tenuti in doppio.

I. — Secondo la popolazione del comune possono tenersi tre registri, uno per gli atti di nascita, uno per quelli di matrimonio, ed un altro per quelli di morte, o pure un solo per tutti questi atti; ma anche quando non se ne ha che uno solo, dov'esser sempre tenuto in doppio (2).

L'idea di questa tenuta in doppio è dovuta al cancelliere d'Aguesseau (3).

41 [45]. — I registri saranno numerati dal primo all'ultimo foglio; e ciascuno di questi sarà cifrato dal presidente del tribunale di prima istanza, o dal giudice che ne farà le veci (4).

I. — Per prevenire l'aggregazione o la soppressione di uno o più fogli la legge prescrive che il presidente del tribunale indichi su di ciascun foglio il numero che porta nei registri, scrivendovi queste parole: *primo foglio, secondo foglio, terzo foglio ... cinquantesimo ed ultimo foglio*; e che sotto a queste parole e gli apponga la sua cifra (5).

(1) Altrettanto dispongono per gli atti notarili tra noi gli art. 9 e 10 della nostra legge sul notariato del 23 novembre 1819 (Nota del traduttore).

(2) Una istruzione del ministro degli affari interni del 10 giugno 1814 prescrisse tra noi che dovessero tenersi in ogni comune cinque registri: 1. di nascite; 2. di matrimoni; 3. di notificazioni; 4. di morti; 5. di nascite avvenute in mare, riconoscimenti, adozioni, morti fuori domicilio, e morti-nati, ecc. — Tutti i detti registri debbono esser tenuti in doppio, tranne quello delle notificazioni (Nota del traduttore).

(3) L'utilità di questo metodo torna evidente se non altro perchè diventa minore la probabilità di dispersione di atti così importanti, massime fatto riflesso alle disposizioni seguenti, da cui si vedrà che de' due originali uno vien conservato dagli uffiziali dello stato civile e l'altro nelle cancellerie dei tribunali civili (Nota del traduttore).

42 [44]. — Gli atti saranno iscritti nei registri immediatamente e senza alcuno spazio in bianco. Le cancellature e le postille saranno approvate e sottoscritte nello stesso modo che il corpo dell'atto. Non vi saranno abbreviature, e non potrà mettersi veruna data in cifre numeriche.

43 [45]. — In fine di ogni anno i registri saranno chiusi e firmati dall'uffiziale dello stato civile; e dentro un mese uno de' registri sarà depositato negli archivi del comune, e l'altro presso la cancelleria del tribunale di prima istanza (6).

I. — Le precauzioni dettate da questi due articoli hanno sempre lo scopo, come è chiaro, di mettere gli atti dello stato civile al coperto dalle falsificazioni di qualunque natura. Il duplice deposito in due luoghi differenti, nel tempo stesso che sminuisce i pericoli di distruzione per causa d'incendio o di altro accidente, rende pure più difficile la frode, poichè bisognerebbe che i due depositari si mettessero d'accordo per commetterla (7).

44 [46]. — Le procure e le altre carte che debbono restare unite agli atti dello stato civile, dopo che saranno state cifrate dalla persona che le avrà prodotte, e dall'uffiziale dello stato civile, saranno depositate presso la cancelleria del tribunale col doppio de' registri, il cui deposito dee farsi in detta cancelleria.

45 [47]. Qualunque persona potrà farsi rilasciare dai depositari de' registri dello stato civile gli estratti de' medesimi. Questi estratti uniformi a' registri e legalizzati dal presidente del tribunale di prima istanza, o dal giudice che ne sostiene le veci, faranno fede fino all'iscrizione in falso (8).

(4) Il nostro articolo parla del presidente del tribunale civile, che giusta il decreto dell'8 aprile 1809 può delegare uno o più giudici per siffatta operazione (Nota del traduttore).

(5) Un decreto del 29 dicembre 1838 prescrive la numerazione in istampa tanto pe' fogli quanto pel numero progressivo degli atti, qualora i registri siano tenuti stampati (Nota del traduttore).

(6) Tra noi tribunale civile, come dalla precedente nota (4) (Nota del traduttore).

(7) V. la precedente nota (3) (Nota del traduttore).

(8) Due varietà di redazione presenta il nostro articolo, corrispondente all'articolo francese; la prima è la sostituzione delle parole *tribunale civile* alle altre *tribunale di prima istanza* nel secondo di detti articoli adoperate; e ciò per la diversa nomenclatura adottata con la nostra organizzazione giudiziaria. — La seconda poi, molto più impor-

SOMMARIO.

- I. Necessità dell'obbligo imposto ai depositari di rilasciare estratti a tutti i richiedenti. — Quali sono i depositari legali. — Costo degli estratti.
- II. Che s'estratto per estratto rilasciato conformemente? — Quando la legalizzazione sia necessaria? — Che cosa sia l'iscrizione in falso.
- III. Gli estratti fanno sempre piena fede per sé stessi, e che esistano ancora a pur ne i registri. Disparvero con Duranton.
- IV. Il terzo dell'articolo in falso non è necessario che per le menzioni che l'ufficiale dello stato civile può attestare propria coscienza. Errore di Toullier, Duranton, ecc.

I. — Gli atti dello stato civile, attestando lo stato e in conseguenza la capacità di ciascuno, non interessano solamente agli individui cui sono relativi, ma a tutti coloro che possono contrattare con essi; importa dunque a tutti di poterne prendere conoscenza. Perciò la legge prescrive che ogni persona possa farsene rilasciare degli estratti dai depositari legali, che sono il sindaco o l'aggiunto di ciascun comune, o il cancelliere del tribunale civile.

No' primi anni del codice i segretari delle municipalità crederono che fossero essi rivestiti del carattere di depositari legali a datare dal momento in cui gli atti erano depositati negli archivi del comune; questo però era un errore: un parere del consiglio di stato del 2 luglio 1807, dichiarando validi gli estratti rilasciati da essi fino a quel momento, inibì loro

tante a riflettersi, e la sostituzione fatta alle ultime parole dell'articolo francese, *fino all'iscrizione in falso*, delle altre adoperate dall'articolo nostro, *fino a che non siano sottoposti ad un giudizio di falso*. — Questa seconda varietà produce una dubitazione, vale a dire, se, applicando al caso in esame l'art. 4273 delle nostre leggi civili (4319 del codice francese), per trattarsi di un atto pubblico, sia mestieri che l'atto venga impugnato direttamente con la querela di falso, e che ne sia ammessa l'accusa perchè ne rimangano sospesi gli effetti, restando soltanto in facoltà de' tribunali di fare altrettanto nel caso che se ne proponga la falsità per incidente, o se invece basti quest'ultima per produrre la detta sospensione. Sul proposito osserviamo che il nostro articolo pare che non distingua la formale querela di falso dalla semplice falsità incidente, e che quindi egualmente ad entrambe attribuisca l'effetto di paralizzare la forza degli estratti in parola: se non che ne pare egualmente che bisognerebbe distinguere il caso in cui s'impugna la veracità dell'estratto, in quanto alla sua formazione, pretendendo che sia foggato, dall'altro in cui s'impugna in quanto al merito delle cose in esso dichiarate. Nel primo caso, trattandosi precisamente d'impugnare l'atto pubblico o autentico, sarà mestieri di strettamente applicare l'art. 4273; nel secondo al contrario la semplice iscrizione in falso basterà, trattandosi d'impugnare non la veridicità dell'uffiziale pubblico, ma sibbene di coloro de' quali ha raccolto la dichiarazione. Le cose che sull'articolo in esame discorre l'autore menano perfettamente alla stessa soluzione, sebbene non sia nitidamente annunziata, siccome appare dal num. IV (Nota del traduttore).

di rilasciarne per l'avvenire, *atteso che, diceva, gli impiegati che si qualificano per segretari delle municipalità non hanno carattere pubblico, e però non possono rendere autentico alcun atto, alcuna spedizione, nè alcun estratto* (1).

Secondo un decreto del 12 del medesimo mese i dritti dovuti per lo rilascio di questi estratti sono:

Per ogni estratto di nascita o di morte:		
Al di sotto di 50,000 an. me.	Al di sopra di 50,000 an. me.	Parigi.
0 fr. 30 c.	0 fr. 60 c.	0 fr. 75.
Per ogni estratto di matrimonio:		
0 fr. 60 c.	1 fr. 00 c.	1 fr. 50.

Devesi inoltre pagare per spese di bollo, giusta l'art. 63 della legge del 28 aprile 1816, un franco e 25 centesimi (2).

II. — Il nostro articolo dice che l'estratto rilasciato conforme e legalizzato dal presidente del tribunale farà fede sino all'iscrizione in falso.

Si chiama estratto conforme quello di cui il depositario abbia certificato la conformità con l'originale usando queste parole: *Certificato conforme, o rilasciato conforme all'originale, da noi, ecc.*

La legalizzazione è l'attestazione con la

(1) Presso di noi i soli uffiziali municipali incaricati della redazione degli atti dello stato civile possono rilasciarne copie legali, ovvero i cancellieri de' tribunali civili per que' registri di cui i duplicati sono stati già depositati nelle loro rispettive cancellerie; i primi però conservano il dritto di rilasciare le dette copie tanto pe' registri correnti che per gli anni scorsi, di cui già sonosi depositati i duplicati nelle cancellerie, giusta una circolare del 16 giugno 1813. (Nota del traduttore).

(2) L'art. 49 del decreto del 29 ottobre 1816, nello stabilire la somma che può esigersi per ogni copia legale degli atti dello stato civile, dispose che al poveri si rilasciassero *gratis*, ed egualmente in tutti i casi che altrettanto avessero creduto di ordinare i giudici di pace (ora giudici di circondario). Gli originali poi vanno sempre esenti da ogni spesa ed anche dal bollo e dal registro, giusta l'art. 28 n. 8. della legge sul bollo del 2 gennaio 1820, come pure le copie (tranne il dritto di sopra indicato per queste ultime, e la necessità di bollarle e registrarle ai parti di ogni altro documento quando debbano prodursi in giudizio); tutto ciò a motivo che lo stato civile essendo costituito ad assicurare la più preziosa delle proprietà che appartenere possa a' cittadini, non deve recar loro il menomo dispendio, e rimaner deve interamente a carico della società che assicura lo sperimento de' dritti civili e di famiglia. Laonde sarebbero puniti come concussionari, a norma delle leggi penali, gli uffiziali che contravvenissero alle dette disposizioni della legge. (Nota del traduttore).

quale il presidente certifica che la firma apposta all'atto è quella del depositario.

Noi non istimiamo che siffatta legalizzazione sia necessaria allorché l'atto è prodotto nel circondario ove è stato ricevuto. La predetta legge del 25 ventoso anno XI art. 28 non richiede la legalizzazione per gli atti notarili se non quando l'atto, se si tratta di un notaio residente in una corte di appello, sarà prodotto fuori della giurisdizione di questa corte, e del dipartimento per gli altri notai. La legge dunque repnta la firma del notaio assai conosciuta, secondo i casi, nel dipartimento o nella giurisdizione della corte di appello; per la stessa ragione la firma dell'uffiziale dello stato civile dev'essere considerata sufficientemente conosciuta nel circondario da lui dipendente (1).

Questo estratto così rilasciato conforme, e legalizzato se il bisogno lo richieda, farà fede al pari dello stesso registro insino all'iscrizione in falso. Chiamasi *iscrizione in falso* l'atto col quale si sostiene in giudizio che un documento prodotto in un processo sia falso. L'iscrizione in falso, che comincia da una dichiarazione fatta dall'attore in falso nella cancelleria del tribunale, dà luogo a lunghe formalità, specificate negli art. 214 a 231 del codice di procedura civile (309 a 346 *leggi di procedura ne' giudizi civili*); oltre le difficoltà che presenta è una via pericolosa per l'attore, imperocché se succumbe per mancanza di sufficienti prove, benché nel merito abbia forse ragione, sarà condannato ai danni-interessi, se vi ha luogo, ed in tutti i casi ad una multa non minore di 300 franchi (2).

III. — Duranton (1, 209) e dopo di lui Zachariae (I p. 147) e Richelot (1, 152) hanno detto che questo mezzo dell'iscrizione in falso non era necessario per impugnare un estratto se non quando più non esistesse il registro originale.

È questo un avversar di fronte la formale disposizione del nostro articolo; imperciocché è lo stesso che dire che tali estratti non fanno fede sino alla iscrizione in falso che in un caso particolare e molto raro, mentre il nostro articolo in modo assoluto dice che

questi estratti fanno fede sino alla iscrizione in falso senza apportare restrizione alcuna a questa proposizione. L'idea del legislatore d'altronde non può sembrar dubbia se si ravvicina il nostro articolo agli art. 1334 e 1335 (1288 e 1189) relativi alle copie degli ordinari atti autentici, cioè degli atti notarili.

Difatti il legislatore in questi articoli dice molto a disteso ed in modo preciso: Che sino a quando sussiste il titolo originale le copie non faranno fede sino alla iscrizione in falso, bastando una semplice negazione dell'avversario per rendere necessaria la presentazione dello stesso originale; — Che se l'originale più non esiste, bisogna distinguere: le prime copie ordinariamente chiamate minute, poi quelle fatte per autorità del magistrato, presenti le parti o debitamente citate; finalmente quelle fatte senza l'autorità del magistrato ma in presenza e col consenso di esse parti, faranno fede fino alla iscrizione in falso, come sarebbe dell'originale medesimo; — In quanto a tutte le altre copie, sebbene rilasciate e certificate conformi dal notaio, non fanno fede necessariamente, *possono* solamente far fede purché abbiano più di trent'anni di data quando sono prodotte; se poi non contano questi trent'anni, possono servire solo per principio di prova in iscritto (v. gli art. 1344 e 1335 [1288 e 1289]).

Sicché le copie di un atto notarile non fanno fede sino all'iscrizione in falso finché esiste l'originale, e se più non esista, esse non hanno questo effetto che sotto certe condizioni, e non sempre, mentre secondo il nostro articolo gli estratti degli atti dello stato civile rilasciati conformi e legalizzati fanno fede sino all'iscrizione in falso, sempre, assolutamente e senza restrizione. Havvi dunque secondo la espressa volontà del legislatore una enorme differenza fra la relazione che esiste tra una copia di atto notarile e il suo originale, e quella che esiste tra un estratto di atto dello stato civile e il suo originale. Non è perciò da stupirsi che gli autori, la cui opinione combattiamo, siano giunti ad un erroneo risultato, quando essi hanno stabilito per principio e preso per pun-

(1) La legalizzazione del presidente ha luogo per gli estratti de' registri già depositati nella cancelleria del tribunale, o per quelli di cui si voglia far uso fuori provincia, dove si presume che non possa esser nota la firma del depositario; gli estratti poi de' registri dell'anno corrente debbono esser legalizzati dal regio giudice del circondario giusta l'art. 20 del decreto del 29 ottobre 1808, e varie circolari ministeriali del 1810 e del 1813; come pure dovrà legalizzarli quest'ultimo qualora i registri, ancorché non dell'anno corrente, pure non siano stati ancora depositati nella cancelleria del tribunale, giusta una ministeriale del 27 di-

cembre 1817; finalmente la legalizzazione del presidente può anche essere richiesta allorché l'autorità presso cui l'estratto deve esibire ignori la firma di quello che l'ha rilasciato o del regio giudice che l'ha legalizzato, a tenore della circolare del 16 giugno 1813 (*Nota del traduttore*).

(2) Il nostro art. 341 *ll. di proc. ne' giud. civ.* dispone quanto segue sul proposito: — « l'attore e succumbente in causa di falsità sarà condannato ad una multa non minore di ducati ottanta, ed a quel danno ed interessi che saranno di ragione. » (*Nota del traduttore*).

to di partenza la seguente proposizione evidentemente falsa: *Che gli estratti degli atti dello stato civile sono relativamente ai registri ciò che le spedizioni degli atti notarili sono relativamente agli originali*. Per contrario abbiamo veduto che la legge ha posta una gran differenza fra questi due casi, e la ragione di questa differenza è chiara e risulta dalla natura stessa delle cose.

Infatti i notai distendono e debbon distendere le minute, cioè gli atti originali, non su registri, ma su fogli isolati (v. la lettera ministeriale del 15 febbraio 1800). Dunque si può produrre un originale senza toglier dal loro postogli altri; d'altronde il giudicato che ordina la esibizione dell'atto originale può ingiungere al notaio di estrarne una copia, chiamata debitamente le parti, prima di spodestarsene. Questa copia, se l'atto venisse a disperdersi, riunirebbe le condizioni richieste dall'art. 1335 [1289] per far fede come l'originale medesimo, e lo surrogerebbe. Al contrario ogni atto dello stato civile essendo redatto su di un registro che contiene tutti quelli dello stesso anno, se, per esempio, si contrastasse a Bordeaux la conformità dell'estratto di un atto ricevuto a Rouen, bisognerebbe, secondo l'opinione che combattiamo, spedire da un punto all'altro della Francia non già l'atto, ma sì bene il registro, e mettersi così nella impossibilità di rilasciare alcun estratto degli atti che contiene finchè fosse restituito al depositario. Il registro potrebbe d'altronde disperdersi, nel mentre non si potrebbe in consimili casi pretendere che il depositario si mettesse a copiarlo per intero prima di rilasciarlo.

Per motivare la decisione che combattiamo Duranton, il quale ci dà l'argomento tratto dalla pretesa simiglianza esistente fra gli estratti degli atti dello stato civile e le copie di atti notarili, ne offre anche un altro che non vale più dell'altro e lo trae dagli stessi termini del nostro articolo. Quest'argomento consiste nel dire: gli estratti non fanno fede se non quando sono rilasciati conformi ai registri: dunque se nego soltanto la loro conformità con l'originale, non si può pretendere che io debba iscriverli in falso, trattandosi in tal caso precisamente di sapere se siano conformi, ed in conseguenza se essi debbano far fede, su di che appunto si muove questione.

Quest'argomentazione poggia sul senso incerto dato alle parole: *rilasciato conforme*. Per le parole *estratto rilasciato conforme* non s'intende un estratto che sia veramente conforme al suo originale, ma solamente un estratto che l'uffiziale pubblico abbia dichiarato *esser conforme*; estratto rilasciato conforme è sinonimo di estratto certi-

ficato conforme dal funzionario dal quale emanava. Unicamente a cagione dell'autenticità che bisogna dare a questa menzione di conformità l'estratto non può essere rilasciato se non da un pubblico uffiziale; in effetti se ciò non fosse, e se l'estratto non dovesse far fede che in quanto fosse comprovato mediante la presentazione del registro che è veramente conforme al medesimo, allora potrebbe benissimo essere rilasciato da qualunque copista o impiegato di un ufficio.

Sono veramente strane le conseguenze della dottrina di Duranton. Secondo lui gli estratti non fanno fede che quando sia certo che sono conformi ai registri. Ma come si potrà tanto sapere? Certamente in altro modo non può avvenire se non per mezzo della esibizione degli stessi registri. Di tal che quando farà fede un estratto? ... Quando con una mano presentando l'estratto, con l'altra si presentasse il registro per provare che gli è conforme! Ma allora saranno i registri che faranno fede, e perfettamente inutili diventeranno gli estratti!

Il legislatore però altro non vuole se non che l'estratto offra la seguente menzione: *Rilasciato conforme o certificato conforme da noi ecc.*, e che siffatta menzione sia sottoscritta dall'uffiziale, fornito a tale oggetto di carattere competente; e solo perchè si possa ritenere per certo che dal detto uffiziale tale attestazione sia stata fatta, e che la firma sia pure la sua, il nostro articolo richiede qual seconda condizione che questa firma sia legalizzata dal presidente del tribunale. — La nostra dottrina, da prima isolata, è oggi comune a Bonnier (*Pruove* n. 744) e a Demolombe (I, 318).

IV. — Gli estratti degli atti dello stato civile fanno la stessa fede che gli atti medesimi, ma fanno fede così gli uni che gli altri per tutto il loro contenuto sino all'iscrizione in falso? Non bisogna piuttosto far distinzione tra i fatti direttamente attestati dall'uffiziale e quelli che gli sono stati dichiarati? Toullier (II, 865), Merlin (*Rep. v. maternità*, § 6), Duranton (I, 305-308), e Coin-Delisle (art. 46 n. 1), si appigliano alla prima opinione; a noi sembra però che la stessa non possa ritenersi.

Difatti è un principio incontrastabile che l'iscrizione in falso non è necessaria se non quando si pretende che sia falsa la dichiarazione di un uffiziale pubblico, e che si impugni la veracità del medesimo. Ed inverso merita esso maggior confidenza di un semplice individuo; la sua testimonianza ha più forza, primariamente perchè quegli è rivestito di un'autorità che questi non ha, e poi perchè in caso di prevaricazione o di falso deve temere pene molto più severe, e però è da cre-

dersi che non si prestino tanto facilmente a mentire. Ma se la legge accorda più confidenza alla testimonianza di un ufficiale pubblico che a quella di un altro, se essa la reputa più valida, non deve dunque concedere che si impugni con gli stessi mezzi. Perciò essa non permette di provarne la falsità che per via dell'iscrizione in falso.

Le quali cose rettamente comprese, è chiaro che tra i fatti menzionati in un atto dello stato civile ve n'ha di quelli che si possono pretendere falsi senza attaccar menomamente la veracità dell'uffiziale dello stato civile. Se io sostengo che il fanciullo che vien detto nell'atto esser nato da Pietro e da Maria, sia al contrario nato da Paolo e da Adele, sarebbe forse conseguenza della mia pretesa che abbia mentito l'uffiziale dello stato civile? Certamente che no; perchè non ha attestato nè ha potuto attestare che il fanciullo era nato da tali persone, ma soltanto che *gli si è dichiarato che il medesimo era nato da tali persone*: ora io non dico che non gli sia stata fatta una tale dichiarazione, dico soltanto che questa dichiarazione che gli è stata fatta sia falsa. Dunque io non attacco la veracità dell'uffiziale dello stato civile, ma quella dei dichiaranti; da ciò ne segue che per pretendere che la iscrizione in falso sia necessaria, qualunque sia il fatto che vuoi provare falso, bisognerà dire che i dichiaranti sono anch'essi uffiziali pubblici. Questo han fatto molti autori; ed in particolar modo Toullier; ma eotesta opinione non può certamente ammettersi.

Se coloro che vengono a dichiarare, a mo' d'esempio, la nascita di un fanciullo, avessero realmente un carattere pubblico, donde lo trarrebbero essi? E chiaro che lo desumerebbero dal mandato che loro dà l'art. 36[38] per fare siffatta dichiarazione; ora a chi questo articolo accorda un tal mandato? Al padre, o in sua mancanza al medico, alla levatrice, o ad una persona che abbia assistito al parto. Se dunque la persona che fa la dichiarazione non fosse il padre, o non avesse assistito al parto, non avrebbe più carattere pubblico. Da ciò ne segue che nel sistema che combattiamo bisognerebbe, perchè si potesse dire che il dichiarante era pubblico ufficiale quanto alla dichiarazione, constatare e bene stabilire prima di ogni altra cosa che egli ne aveva il mandato dalla legge, cioè che era il padre, o che in effetti aveva assistito al parto; ora ciò nè l'estratto nè l'atto stesso possono

giammai stabilire. Di tal che, quand'anche si decidesse che, quelli ai quali è imposto l'obbligo di far la dichiarazione, veramente abbiano per tale operazione il carattere di pubblici uffiziali, non sarebbe provato che quelli i quali son venuti a far la dichiarazione fossero rivestiti del detto carattere, ed in conseguenza la iscrizione in falso non potrebbe ancora essere richiesta. Or, siccome il legislatore non stabilisce mai quel che egli che inefficacemente prescriverebbe, possiamo conchiuderne che giammai abbia avuto l'idea di dare ai dichiaranti il carattere di pubblici uffiziali.

Il codice penale d'altronde toglie ogni dubbio a questo riguardo. In effetti, ai termini dell'art. 146 di questo codice, *ogni impiegato od uffiziale pubblico che avrà fraudolentemente snaturata la sostanza o le circostanze degli atti del suo ministero, accertando per veri fatti falsi, sarà punito ai lavori forzati a vita* (1). Se dunque la persona che viene a dichiarare che il tal fanciullo sia nato dalla tal donna, dovesse, quanto a questa dichiarazione, considerarsi come un pubblico uffiziale, in caso di falsa dichiarazione si troverebbe necessariamente compresa in questo articolo. Or, non è così: imperocchè, secondo l'art. 315 dello stesso codice penale, ogni colpevole di sostituzione di un fanciullo ad un altro, *o di aver supposto un figlio ad una donna che non ha partorito*, è punito con la reclusione, cioè precisamente con la stessa pena che è comminata dall'art. 363 contro colui che in un giudizio civile mentisce come semplice individuo, come testimone (2). Siffatta pena, identicamente per entrambi i casi pronunziata, chiaramente stabilisce che nell'idea del legislatore l'individuo il quale viene a dichiarare all'uffiziale dello stato civile che il tal fanciullo è nato dalla tal donna, nel tale giorno, alla tale ora, nel tal luogo, non ha maggior carattere pubblico di quel che avrebbe avuto se si fosse trattato di un giudizio nel quale avesse fatta la stessa dichiarazione qual testimone, insomma non ha maggior carattere pubblico di qualsivoglia altro testimone (3).

46[48]. — Allor quando non si saranno tenuti i registri, o si fossero smarriti, avrà luogo la prova col mezzo tanto di documenti che di testimoni; ed in questo caso i matrimoni, le nascite e le morti potranno provarsi coi registri e colle carte de' geni-

(1) Il nostro art. 238 delle leggi penali punisce in tal caso l'uffiziale pubblico od impiegato col secondo al terzo grado de' ferri nel presidio (Nota del traduttore).

(2) Per l'art. 490 delle nostre leggi penali il colpevole di falsa testimonianza in materia civile

Marcadé T. I.

vien punito con la pena del primo al secondo grado di prigionia. (Nota del traduttore).

(3) Conf. Zachariae (l. p. 446), Valette (sopra Proud. (l. p. 206), Richelot (p. 454), Demolombe (l. p. 320), Durvergier (sopra Toull. l. 1—306); Amiens, 26 luglio 1821; Angers, 25 maggio 1822; Martini-

tori defunti, egualmente che con testimoni (1).

SOMMARIO

- I. L'articolo permette di provare per mezzo di semplici testimonianze:
 - 1° la non redazione degli atti o la distruzione del registro o la nascita, il matrimonio o la morte.
- II. L'articolo stesso non può egualmente applicarsi se un foglio o una sola atto sono distrutti, o se vi fosse apparente interruzione nella tenuta dei registri. — Ma non già se si allegasse una interruzione di cui non esistesse traccia. Errori di Zechner, Cois-Delisle, e delle giurisprudenze.
- III. Quando si tratta della prova di un matrimonio, basterà accennare ai principi se sono i figli che invocano questo matrimonio dopo la morte del padre o della madre loro; essi allora nulla debbono provare, e basta ai medesimi il possesso di stato de' loro padri.
- IV. Il nostro articolo è relativo al solo fatto della nascita; non ha nessuna relazione con le filiazioni.

I. — In tempi di turbidi politici può avvenire che non si redigano atti dello stato civile; può avvenire anche ne' tempi ordinari che i registri regolarmente tenuti si trovino smarriti o distrutti per causa d'incendio o di qualche altro accidente. Tal è il doppio caso preveduto dal nostro articolo, e pel quale pronunzia due disposizioni.

Permette primariamente di provare, o per titoli o anche per testimoni, il fatto che non siano stati tenuti registri nel tempo in cui avvenne la nascita, il matrimonio o la morte

ca, 14 febbraio 1836; Rlg., 16 marzo 1841 (Dev., 44, 1, 532).

(1) Il nostro articolo aggiunge le seguenti parole: «salvo le disposizioni contenute nel decreto del 16 di agosto 1815. » Questo decreto prescrive:

4. Che in caso di distruzione o di distruzione dei registri dello stato civile, o di una parte di essi, i libri parrocchiali faranno fede provvisoriamente fino a che non si sarà supplito ai primi nel modo appresso indicato.

2. Quante volte un duplicato de' registri dispersi o distrutti esista, sia nell'archivio del tribunale di prima istanza (ora tribunale civile) sia in un archivio comunale, ne sarà estratta copia, la quale servirà a rimpiazzare i registri mancanti. Quando le copie si estrarranno dall'archivio del tribunale di prima istanza dovranno essere collazionate dal presidente, dal procuratore del re e dal cancelliere, e firmate inoltre per ogni foglio dal solo presidente. Quando si estrarranno da un archivio comunale dovranno essere collazionate dal sindaco, dal cancelliere e dal giudice del circondario, il quale dovrà inoltre firmarle per ogni foglio.

3. Laddove i detti registri manchino assolutamente, vi sarà supplito da una commissione comunale composta dal sindaco, dal giudice o dal supplente, dal parroco, e da due tra' più anziani del comune scelti da' tre primi, ed assistita dal cancelliere comunale, che si formerà in caso di bisogno a cura dell'intendente della provincia.

4. La commissione formerà quattro liste, una per le nascite, un'altra per i matrimoni, una per le morti, ed un'ultima per gli atti diversi. Ciascuna di queste liste conterrà secondo l'ordine cronologico il più che sarà possibile le date delle nascite, de' matrimoni, delle morti, e di ogni altro

che vuolsi constatare, o pure che il registro sul quale l'atto potrebbe trovarsi, si sia perduto o distrutto; e quindi, ciò stabilito, permette eziandio di provare, e nello stesso modo, vale a dire o con titoli o con testimoni, il fatto della nascita, del matrimonio o della morte.

Ben si scorge che il nostro articolo suppone che siano morti il padre e la madre di colui che chiede far la prova, poichè parla di carte provenienti dal padre e dalla madre morti; se i medesimi poi fossero tuttora vivi, è chiaro che, per uniformarsi allo spirito del nostro articolo, queste sarebbero le prime persone da udirsi. Neppure è dubbio, sebbene l'articolo non ne parli, che per far la prova si potrebbero produrre altri titoli oltre quelli provenienti dal padre e dalla madre; imperocchè, ai termini dell'articolo, potrebbe farsi per testimoni soltanto; ora la prova per iscritto è sempre preferibile, o merita maggior confidenza di quella per testimoni.

II. — Se un sol foglio del registro od un atto solamente fosse distrutto, gl'interessati potrebbero invocare il nostro articolo; imperocchè ciò è per loro come se il registro fosse totalmente scomparso. E non si dica che

atto, i nomi e cognomi, la professione, ed il domicilio degli individui cui riguarda, e de' loro padri e madri.

5. La commissione nel comporre le liste trarrà le notizie dai libri parrocchiali, dai registri e carte pubbliche o di famiglia, dalle dichiarazioni dei parenti. Dalla combinazione di questi e di altri schiarimenti, che la commissione potrà raccogliere, essa dovrà acquistar quella certezza morale che è necessaria a garantire l'esattezza delle liste.

6. Le liste così formate saranno affisse dopo l'emanazione de' bandi ne' luoghi consueti per lo spazio di due mesi, tanto nel comune al luogo delle pubblicazioni de' matrimoni, quanto nella capitale della provincia nella sala di udienza del tribunale di prima istanza. Durante il tempo dell'affissione è permesso a chiunque di produrre opposizione contro le liste. Le opposizioni dovranno essere presentate in iscritto alla commissione, la quale, presi gli schiarimenti, che giudicherà opportuni, dovrà discuterle e diffinirle anche in iscritto.

7. Decorso il termine per le opposizioni le liste verranno rimesse al tribunale di prima istanza della provincia unitamente alle carte sulle opposizioni, ove ve ne siano. Il tribunale, inteso il procuratore del re e gli oppositori, se ne compariranno, pronunzierà definitivamente ed inappellabilmente sulle opposizioni prodotte, ed omologherà e dichiarerà esecutive le liste, le quali in seguito terranno luogo di registri dello stato civile. Gli originali rimarranno depositati nell'archivio del tribunale, e le copie autentiche colla firma del Presidente, del procuratore regio e del cancelliere, munite del suggello del tribunale, saranno depositate nell'archivio comunale. (Nota del traduttore).

la posizione non sia più la medesima: senza dubbio allorché un atto è stato cassato, o in un modo qualunque distrutto, non ne conseguita che tale atto mi riguardava; e nel caso di distruzione totale di un registro, come in quello di dispersione, non ne conseguita del pari che conteneva un atto che mi riguardasse. Il legislatore, perchè in tutt'altro modo che con un atto si potesse provare la nascita, la morte o il matrimonio, ha richiesto la preesistenza di un fatto materiale che rendesse più verisimile la pretensione del reclamante. Ora questo fatto materiale trovasi egualmente nella distruzione di un solo atto che in quella di un intero registro. Anzi in questo caso è meno temibile la frode, perchè mi bisognerà stabilire che la nascita, il matrimonio o la morte, di cui si tratta, coincida con l'epoca precisa dell'atto distrutto, mentre nel caso di perdita del registro mi basterebbe poter fare risalire questa nascita, questo matrimonio o questa morte, ad un momento qualunque dell'anno al quale siffatto registro apparteneva, il che sarebbe molto più agevole. Dunque quel che la legge decide pel caso di perdita del registro, bisogna deciderlo, ed a fortiori, pel caso di perdita o distruzione di un sol foglio o di un atto solo.

Adotteremo una singiunta decisione pel caso in cui la tenuta de' registri sia stata interrotta durante un tempo più o meno lungo. Così un registro è stato regolarmente tenuto sino alla fine di aprile, e durante i due mesi di maggio e di giugno, niun atto vi è stato iscritto; apparisce dalla sola ispezione del registro che la tenuta del medesimo è stata interrotta dalla fine di aprile insino al principio di luglio.

Havvi in ciò un fatto materiale che già rende verisimili le allegazioni del reclamante, e ci troviamo d'altronde ne' termini stessi della legge; poichè durante quei due mesi non vi è stata tenuta di registri. Sarebbe lo stesso se soltanto un foglio o anche la pagina di un solo atto fosse rimasta in bianco.

Una legge posteriore al codice civile, quella del 13 gennaio 1817, relativa ai militari scomparsi nelle guerre che avvennero dal 1792 al 1815, prova senza dubbio che tale è pure l'idea del legislatore nel nostro articolo. Difatti l'art. 5 di questa legge dice che la prova testimoniale della morte di tali militari può essere ordinata in conformità dell'art. 46 [48] del codice civile, se è incontrastabile che non vi siano stati registri, o che si siano dispersi o distrutti in tutto o in par-

te, o che la loro tenuta abbia sofferto delle interruzioni.

Bisogna però guardarsi dal dire altrettanto pel caso in cui, essendo stati regolarmente tenuti i registri, e non apparendo la distruzione di alcun foglio nè di alcun atto, un individuo pretendesse che vi fosse stata omissione dell'atto che doveva constatare la nascita, il matrimonio o la morte. È vero che taluni autori ed arresti vogliono applicare a questa ipotesi la regola del nostro articolo (1); ma è senza dubbio un errore: imperocchè estendere a siffatto caso la facoltà di cui si tratta, da parte del legislatore sarebbe stato lo stesso che dichiarare con una sola frase inutili tutte le disposizioni dettate per la compilazione degli atti dello stato civile. Infatti, se si potesse ammettere la prova testimoniale mercè la sola pretensione di una omissione di cui non vi fossero nemmeno le apparenze, allora, siccome potrebbe sempre pretendere che vi sia stata omissione, in modo assoluto e senza restrizione alcuna le nascite, i matrimoni e le morti potrebbero sempre provarsi con testimoni.

La legge non ha permesso l'ammissione della prova testimoniale se non quando vi esista un fatto facile a provarsi, e che renda già verisimile la pretensione del reclamante. Questo fatto è il non essersi tenuti, o l'essersi incompletamente tenuti i registri, o infine la loro distruzione, sia totale, sia parziale (2).

III.—Del rimanente, a questa proposizione che le nascite, i matrimoni o le morti non si possano provare con altro mezzo che con gli atti dello stato civile, tranne solamente quando non si siano tenuti registri, o questi sian dispersi, distrutti od alterati, è uopo apportare una limitazione relativa al caso in cui i figli abbiano bisogno di provare il matrimonio de' loro genitori.

Quando si tratta di provare la celebrazione di un matrimonio, è mestieri distinguere se siano gli stessi coniugi che reclamano gli effetti di tale celebrazione, o pure i loro figli che l'invocano dopo la morte de' medesimi. Se sono i coniugi, essi rimangono soggetti alle regole da noi indicate; ma se sono i figli, che dopo la morte di ambo i loro genitori, reclamano la qualità di figli legittimi, vi ha per essi eccezione a queste regole. Infatti, secondo i principi, per stabilire la loro legittimità dovrebbero innanzi tutto presentare l'atto di matrimonio de' loro autori o fare le due prove successivamente indicate dal nostro articolo; ma è tutt'altro: basterà secondo l'art. 197 [190] (3) che il padre e la

(1) Coin-Delisle (n. 49), Zachariae (I, p. 158), Richelot (n. 245); Rig. 22 dicembre 1819; Rig. 4 giugno 1830; Limoges 20 luglio 1832.

(2) Conf. Duranton (I-297), Valette (sopra Preud., I, p. 212), Demolombe (I 324).

(3) Vedasi in seguito sotto l'art. 197. la diver-

madre defunti abbiano pubblicamente vivuto in qualità di coniugi legittimi, e che i figli abbiano il possesso di figli legittimi, il quale non sia contraddetto dal loro atto di nascita.

IV.—Non pertanto non bisogna ingannarsi sul valore del nostro articolo, e bisogna pure ben comprendere quel ch'esso permette di provare con testimoni ne' casi di che si occupa: è il fatto della nascita, del matrimonio o della morte. È il fatto della nascita e non la filiazione, come molti autori han sostenuto. La nascita e la filiazione sono due cose distintissime e che non si dimostrano in egual modo. La nascita è sempre provata dall'atto di nascita; per la filiazione non avviene così: essa si stabilisce con mezzi speciali, di cui il legislatore non si occupa. In questo luogo, e li ha esposti nel titolo VII sotto la rubrica della paternità e della filiazione. Nel titolo ora citato vedremo, che se si tratta di filiazione naturale, la paternità non può provarsi che per un riconoscimento volontario del padre (V. art. 334 e 340 [257 e 263]); e che quanto alla maternità si può, in mancanza di un riconoscimento volontario della madre, dimostrare con testimoni, purché vi sia un principio di prova per iscritto che neppure l'atto di nascita potrà fornire (V. art. 341 e 342 [264 e 266]). Se poi è una filiazione legittima che s'invoça, la paternità e la maternità sono simultaneamente provate dall'atto di nascita (V. art. 319 [241]), in mancanza di tale atto dal possesso di stato (320 [242]), e finalmente, in mancanza di dell'atto di nascita come del possesso di stato, per mezzo di testimoni, ma del pari con un principio di prova per iscritto (323 [245]). Queste semplici nozioni, che saranno sviluppate quando arriveremo al titolo VII, già bastano per far comprendere che nell'attuale nostro caso non si tratta della filiazione, dappoiché le regole che la concernono sono esposte in seguito in un apposito titolo, e secondo le quali la prova puramente testimoniale non è mai ammessa, mentre siffatta prova basta nel caso del nostro articolo. Questo articolo dunque non si occupa che del fatto della nascita, ed anche relativamente a tale fatto è chiaro che la prova testimoniale, ammessa dal nostro articolo, non avrà il medesimo valore dell'atto di nascita; poichè questo atto, come

si è osservato, prova qualcuna delle sue enunciazioni sino alla iscrizione in falso, mentre una prova per testimoni non produce mai questo effetto.

47 [49].— Qualunque allo dello stato civile di un francese o di uno straniero, fatto in paese straniero, farà fede, qualora siasi osservate quelle formalità che sono in uso in quel paese (1).

I.—Questo articolo non è che un'applicazione della massima *locus regit actum*, della quale abbiamo parlato sotto l'art. 3 [5], e che proclama un principio in virtù del quale l'uffiziale pubblico di un paese si trova competente a ricevere gli atti che ivi son fatti, non solo pe' cittadini del medesimo paese, ma anche per gli stranieri che vi si trovano di passaggio. Infatti il nostro articolo suppone, benchè nol dica, che l'atto sia stato ricevuto da un uffiziale del paese; imperocchè solo costui può adoperare le formole usate nel paese medesimo: quivi gli agenti del governo francese non potrebbero adoperare che quelle prescritte dalle leggi francesi. Ed inverso è chiaro che ogni uffiziale pubblico per fare validamente un atto deve osservare le regole additate dall'autorità dalla quale gliene è conferito il mandato, il che d'altronde chiaramente risulta dall'articolo seguente.

48 [50].—Ogni atto dello stato civile di un francese, formato in paese straniero, sarà valido se sia stato ricevuto conformemente alle leggi francesi dagli agenti diplomatici o dai consoli (2).

I.—In questo articolo non si tratta che degli atti relativi ai francesi soltanto, mentrechè l'articolo precedente si applica sì a quelli relativi ai francesi soltanto, come a quelli riguardanti un francese ed uno straniero insieme. Così, un agente diplomatico francese in paese straniero non può unire in matrimonio un francese ed una straniera; egli certo è competente quanto al primo, ma non lo è per la seconda. Per l'opposto l'uffiziale pubblico del paese può benissimo celebrare questo matrimonio, perchè se è com-

agenti diplomatici o de' consoli ivi stabiliti dal governo. » Insomma si son tolte le parole *se sia stato ricevuto conformemente alle leggi francesi*, e si è dichiarato che la scelta dell'uffiziale dello stato civile locale o del rappresentante del proprio paese era *facoltativa* pe' nazionali, senza che perciò vealisse a soffrirne la validità degli atti del loro stato civile nell'un caso in preferenza dell'altro. (Nota del traduttore).

sità di redazione tra lo stesso e l'art. 490 delle nostre leggi civili. (Nota del traduttore).

(1) Il nostro articolo invece della frase « farà fede » ha adoperato la frase « sarà valido » (Nota del traduttore).

(2) Il corrispondente art. 50 delle nostre leggi civili è concepito ne' seguenti termini: — « È lasciata ai nazionali dimoranti fuori del regno la libertà di far distendere tali atti per mezzo degli

potente per la straniera sottoposta all'autorità che lo ha istituito, lo è anche relativamente al francese, in virtù del principio *locus regit actum*.

E però il nostro articolo dice solamente ogni atto dello stato civile di un francese, mentre nell'articolo precedente è detto ogni atto dello stato civile di un francese e di uno straniero. Nel caso attuale la competenza è tutta personale; nel caso dell'articolo precedente è per così dire reale, territoriale (1).

49 [51].—In tutti i casi in cui dovrà farsi menzione di un atto relativo allo stato civile in margine di un altro atto già iscritto, essa verrà fatta, a richiesta delle parti interessate, dall'uffiziale dello stato civile ne' registri correnti od in quelli che saranno stati depositati negli archivi del comune, e successivamente dal cancelliere del tribunale. di prima istanza su' registri depositati nella cancelleria; pel quale effetto l'uffiziale dello stato civile ne darà avviso entro tre giorni al procuratore della repubblica presso il detto tribunale, il quale invigilerà, acciocchè la menzione sia fatta in modo uniforme su i due registri (2).

I. Secondo l'art. 101. [106], allorchè una sentenza ordina la rettificazione di un atto dello stato civile, non si cambia il tenore primitivo di questo atto: s'iscrive solo sui registri, alla data del medesimo, la sentenza di rettificazione, e se ne fa menzione in margine dell'atto riformato. Del pari secondo l'art. 62 [66], allorchè un figlio naturale, non riconosciuto nel suo atto di nascita, lo è posteriormente, l'atto di riconoscimento è egualmente iscritto alla sua data sul registro, e ne vien fatta menzione in margine dell'atto di nascita. Così ancora, quando un figlio naturale è legittimato col susseguente matrimonio di suo padre e di sua madre, l'atto di matrimonio, come osserveremo sotto l'articolo 331 [253] (3), dev'essere menzionato in margine dell'atto di nascita.

(1) Rig. 10 agosto 1819; Rig. 7 luglio 1835. (Dev. 35, 1, 939.)

(2) Questo articolo è stato adottato dalle nostre leggi con le sole variazioni di redazione richieste dalla diversità di nomi del nostro politico e giudiziario ordinamento. (Nota del traduttore.)

(3) Havvi tra questi due articoli una varietà di redazione che a suo luogo faremo osservare. (Nota del traduttore.)

(4) Il nostro articolo è concepito ne' seguenti termini: «Ogni contravvenzione agli articoli precedenti per parte de' mentovati funzionari, sarà dedotta innanzi al tribunale civile e punita con una

In questi differenti casi, se l'atto in margine del quale deve farsi la menzione è trascritto su' registri dell'anno, l'uffiziale dello stato civile farà la menzione su i due registri, poichè li conserva ambedue. Ma se l'atto appartiene ad un altro anno, siccome in questa ipotesi l'uno de' due registri, su' quali fu iscritto, è depositato nella cancelleria del tribunale, così l'uffiziale dello stato civile e il cancelliere debbono fare siffatta menzione ciascuno sul registro di cui è depositario. Le parti in questo caso debbono dirigersi al solo uffiziale dello stato civile, poichè spetta a lui, ai termini del nostro articolo, avvertire il procuratore della repubblica affinchè faccia eseguir la menzione su' registri esistenti in cancelleria. Era naturale incaricare il suddetto uffiziale dello stato civile, poichè in tutti i casi bisogna dirigersi a lui per la iscrizione dell'atto o della sentenza di cui deve farsi menzione in margine di un atto anteriore, iscrizione che si fa necessariamente su i registri dell'anno corrente, di cui l'uffiziale medesimo è conservatore.

50 [52].—Ogni contravvenzione agli articoli precedenti per parte de' mentovati funzionari, sarà dedotta innanzi al tribunale di prima istanza, e punita con una multa che non potrà eccedere cento franchi (4).

I. — Queste contravvenzioni non danno luogo a procedimento innanzi ai tribunali di polizia correzionale; la multa è pronunziata dai tribunali di prima istanza. Il nostro articolo fa ciò abbastanza comprendere; imperocchè quando il legislatore vuol parlare di tribunali di polizia correzionale, alle parole: *tribunale di prima istanza* aggiunge: *giudicando correzionalmente*, ed in questo luogo non l'ha fatto. La questione d'altronde è stata decisa da un parere del consiglio di stato del 4 piovoso anno XII. Il legislatore non ha voluto, e con ragione, che le contravvenzioni di tal natura fossero considerate far parte delle materie penali (5).

Ora a quali uffiziali si applica siffatta dispo-

multa che non potrà eccedere venticinque ducati. » (Nota del Traduttore.)

(5) Il nostro articolo 244 *leggi penali* minaccia la pena del primo al secondo grado di prigionia, con un'ammenda non maggiore di duc. 50 all'uffiziale dello stato civile il quale manchi ad alcune delle disposizioni prescritte dalla legge. Per le contravvenzioni degli uffiziali dello stato civile, prevedute espressamente dalle *leggi civili*, si applicano le pene dalle dette leggi comminate, e l'articolo 244 *leggi penali* è applicabile, ne' soli casi non contemplati specialmente nelle *leggi civili* o in altri articoli delle *leggi penali*; perocchè nel dritto la specialità deroga alla generalità. V.

sizione? Quali son quelli che il legislatore ha voluto indicare con le parole *funzionari menzionati negli articoli precedenti*? Molti autori, ed in particolare Toullier (I, 312) e Zachariae (I, p. 150), pretendono che bisogna comprendere i procuratori della repubblica, atteso che de' medesimi è stata quistione negli articoli che precedono. Noi respingiamo questa dottrina: 1° perchè i membri del ministero pubblico sono, come si sa, indipendenti da' tribunali presso de' quali esercitano la loro carica; 2° perchè è precisamente ad essi che la legge affida l'incarico di fare i procedimenti di cui si tratta (art. 53 [53]); 3° finalmente, perchè gli articoli precedenti parlano altresì del presidente, in guisa che bisognerebbe dire che anch'egli è compreso nella nostra disposizione, dal che seguirebbe che un magistrato il quale presiede il tribunale dovrebbe giudicare sè stesso (1). — La nostra decisione è seguita da Richelot (I, 205, nota 16) e da Demolombe (I, 188).

51 [53]. — Ogni depositario di registri sarà responsabile civilmente delle alterazioni che vi sopravverranno; salvo a lui il ricorso, se vi ha luogo, contra gli autori delle medesime.

I. — Se uno o più fogli di un registro sono lacerati, so un registro è involato, ec., il depositario, cioè il sindaco o il cancelliere, sarà responsabile di tutti i danni-interessi verso le parti interessate; laonde potrà essere da queste chiamato innanzi al tribunale

civile. Egli poi ha il suo regresso contra gli autori del delitto; i quali, oltre de' danni-interessi, cui dovranno essere condannati verso il depositario, dovranno eziandio sottoporsi a giudizio criminale dal procuratore della repubblica.

52 [54]. — Qualunque alterazione o falsità negli atti dello stato civile, qualunque inserzione di questi atti fatta sopra un foglio volante, ed in altro modo che su i registri a ciò destinati, darà luogo all'azione de' danni ed interessi delle parti, restando però in vigore le pene stabilite dal codice penale (2).

(Vedi il codice penale art. 145, 146, 147, e 192 (3)).

53 [55]. — Il procuratore della repubblica presso il tribunale di prima istanza sarà tenuto di verificare lo stato de' registri al tempo del loro deposito presso la cancelleria; formerà un processo verbale sommario della seguita verificaione; denunzierà le contravvenzioni o i delitti commessi dagli uffiziali dello stato civile, e farà le istanze per la loro condanna alle multe.

54 [56]. — In tutti i casi in cui un tribunale di prima istanza pronunzierà intorno agli atti relativi allo stato civile, le parti interessate potranno produrne l'appello (4).

I. — I tribunali di prima istanza giudicano in ultimo grado di giurisdizione quando la lite è relativa ad un oggetto di un valore

minist. del 44 aprile 1838. (Nota del traduttore).

(1) Ne pare strana però quest'ultima osservazione dell'autore; perchè sarebbe questa una ragione che impedirebbe al presidente dal giudicare in causa propria, ma non perciò non sarebbe giudicabile dal tribunale che presiede, mentre in tal caso le leggi organiche dispongono il modo in cui viene supplito; diversamente ogni componente di una magistratura qualunque sfuggirebbe per virtù del suo carattere all'amministrazione della giustizia. (Nota del traduttore).

(2) Alle ultime parole dell'articolo francese: *le pene stabilite dal codice penale* il nostro articolo ha sostituito le altre: *le pene stabilite dalle leggi del regno*; generalizzando così una tale clausola per tutti gli atti legislativi di ogni maniera, che, oltre alle leggi penali, fulminano pene contro gli uffiziali dello stato civile. (Nota del traduttore).

(3) A' primi tre articoli ora citati dall'autore corrispondono presso a poco gli art. 287, 288 e 291 delle nostre leggi penali, almeno per la definizione de' fatti qualificati reati, se non per la penalità che con diversa misura è applicata nel due codici; i detti articoli riguardano il reato di falso nelle scritture pubbliche, commesso da pub-

blici uffiziali o da persone private. L'ultimo degli articoli citati dall'autore, cioè l'art. 192 del codice penale francese, unitamente a' susseguenti 193, 194 e 195, è allogato sotto la rubrica di *taluni delitti relativi alla tenuta degli atti dello stato civile*. — Nelle nostre leggi penali, oltre all'art. 245 relativo alla pena comminata contro i curati che procedono alla celebrazione religiosa di un matrimonio senza far precedere la solennizzazione degli atti dello stato civile, non vi ha che nella sez. VII del cap. IV, tit. IV, lib. II, il precedente art. 244, relativo alle pene nelle quali incorrono gli uffiziali dello stato civile, e che stimiamo utile di qui riferire: — « L'uffiziale dello stato civile o l'incaricato del registro o della conservazione de' registri dello stato civile, se manca ad alcuna delle disposizioni prescritte dalla legge, sarà punito col primo al secondo grado di prigionia o confino e con un'amenda non maggiore di ducati cinquanta: salvo le pene già stabilite ne' casi di altri reati, de' quali gli uffiziali dello stato civile si rendessero per ragioni di ufficio o autori o complici. » (Nota del traduttore).

(4) Anche questi due articoli sono stati adattati in quanto alla loro redazione al nostro legislativo ordinamento. (Nota del traduttore).

di 1,500 franchi di sorte, o meno: quando poi oltrepassa i 1,500 franchi giudicano del pari, ma salvo l'appello (1). Il legislatore, stimando che lo stato civile di una persona è di un valore inapprezzabile, ha voluto che tutte le decisioni che ad esso si riferiscono siano suscettive di appello.

E però, attesa l'alta importanza che la legge attacca alle quistioni di stato, ha ordinato, col decreto del 30 marzo 1808, art. 22, che in appello siffatte quistioni siano giudicate in udienza solenne, riunite tutte le camere della corte di appello (2).

CAPITOLO II.

DEGLI ATTI DI NASCITA.

55 [37]. — Le dichiarazioni di nascita dovranno farsi ne' tre giorni consecutivi al parto all'uffiziale dello stato civile del luogo, cui dovrà presentarsi il fanciullo o la fanciulla.

I. — Se è spirato il termine legale di tre giorni, vi occorre una sentenza affinché l'uffiziale dello stato civile possa ricevere una dichiarazione di nascita, imperciocchè ai termini dell'art. 99 [104] la semplice rettifica di un atto, nel quale si trovi qualche inesattezza, non può farsi che in virtù di una sentenza. Così è deciso da un parere del consiglio di stato del 12 brumaio anno XII, il quale vuole che le sentenze in questo caso non siano rendute che in contraddizione con le parti interessate o dopo essere state citate, e sulle conclusioni del pubblico ministero.

Il fanciullo dev' essere presentato all'uffiziale dello stato civile. Ma poco importa dove; la legge non determina il luogo. Se dunque vi fosse pericolo pel fanciullo nel trasportarlo alla residenza del detto uffiziale, costui potrebbe andare nella casa in cui si trova il fanciullo. La legge del 20 settembre 1792, con la quale furono tolte le funzioni di uffiziali dello stato civile ai curati, per affidarle ad uno de' membri del consiglio generale del comune, ordinava altresì coll'art. 6 del titolo III, che il fanciullo fosse presentato all'uffiziale; ed avea prescritto che dovea essere a questo effetto portato nella casa comunale,

aggiungendo che in caso di pericolo imminente, l'uffiziale sarebbe tenuto, sulla richiesta che gliene venisse fatta, di trasferirsi nella casa in cui fosse il neonato.

Notiamo che il fanciullo dev' essere presentato quando sia vivo. Il caso di morte del medesimo, prima che ne sia stata registrata la nascita, è regolato da un decreto di cui tratteremo in fine del capitolo IV, sotto l'articolo 87 [92].

56 [38]. — La nascita del fanciullo sarà dichiarata dal padre, o in mancanza di questo da' dottori di medicina o di chirurgia, dalla levatrice, dagli uffiziali di sanità o da altre persone che abbiano assistito al parto; e qualora la madre avesse partorito fuori del suo domicilio, dalla persona presso di cui si sarà sgravata.

L'atto di nascita sarà senza dilazione stesso alla presenza di due testimoni.

I. — L'art. 346 del codice penale pronunzia una prigionia di sei giorni a sei mesi ed una multa di 16 a 300 franchi contra colui che abbia contravenuto alla disposizione del nostro articolo (3).

Al padre, com'è di ragione, la legge pria di ogni altro impone l'obbligo di fare la dichiarazione, ed è chiaro, affinché vi sia obbligato, non esser necessario che abbia assistito al parto, neppure che sia stato presente nel suo domicilio al momento preciso in cui ebbe luogo; affinché non potesse riguardarsi a ciò tenuto, bisognerebbe che nel momento dello sgravio egli si fosse trovato assente per qualche giorno, in guisa che ignorasse se ritornò a tempo per far la dichiarazione, o pure che fosse impedito di agire. In questa ipotesi tale obbligo, e sussidiariamente soltanto, come dice l'articolo, è imposto alle persone che hanno assistito allo sgravio. Infatti quest'obbligo non si poteva imporre principalmente al medico o alla levatrice, che possono assistere ad uno o più parti in ciascun giorno, o che d'altronde non hanno alcun interesse personale che la dichiarazione sia fatta.

Per questa medesima ragione quando la madre non ha partorito nel suo domicilio, ma

lo stesso rito che si osserva per le cause di ogni altra natura. (Nota del traduttore).

(3) L'articolo 347 delle nostre leggi penali minaccia la pena del primo grado di prigionia con l'amenda correzionale ad ogni persona che avendo assistito ad un parto, ed essendo perciò obbligata per disposizione delle leggi civili a farne la dichiarazione avanti l'uffiziale dello stato civile, non l'abbia fatta nel termine fissato dalle leggi medesime; salvo le pene maggiori in caso di abban-

(1) Ciò che dice l'autore intorno all'appellabilità delle sentenze de' tribunali di prima istanza non è conforme alle nostre leggi; perciocchè presso di noi si può appellare per una causa di valore inferiore a due. 300 trattata in prima istanza da un tribunale civile. Veggasi inoltre la nota (1) pag. 50 e seg. relativa al nostro organamento giudiziario. (Nota del traduttore).

(2) Questa disposizione di legge non esiste tra noi. Le quistioni di stato civile sono giudicate con

presso un'altra persona, e il padre non si trova in quel luogo per fare la dichiarazione, la persona presso di cui la madre si è sgravata ha questo dovere in preferenza di ogni altro. Tale persona ha dovuto prevedere le conseguenze del parto, permettendo che presso di sè avvenisse; deve dunque far quello che farebbe il marito se il parto presso di lui avesse luogo. In tal caso adunque i medici, le levatrici, ec., non sono tenuti che sussidiariamente e nel caso in cui la cennata persona non possa adempiere a siffatto obbligo (1).

Si comprende che questo articolo per imporre *a priori* un obbligo al padre, suppone che il medesimo sia già legalmente conosciuto. Non dispone dunque che per l'ipotesi di una donna maritata; eccetto questo caso, l'obbligo è imposto alle persone che abbiano assistito al parto, o, quando la donna non sia partorita nel suo domicilio, alla persona presso di cui il parto abbia avuto luogo.

Del rimanente il nostro articolo si applica eziandio al caso di una donna non maritata, se, come può avvenire, il padre naturale abbia riconosciuto il figlio prima della nascita. Difatti non è al marito ma al padre che principalmente l'articolo impone l'obbligo surriferito.

57 [59]. — S'indicheranno nell'atto di nascita il giorno, l'ora ed il luogo della nascita, il sesso del fanciullo, ed i nomi che gli saranno stati dati; i nomi, i cognomi, la professione ed il domicilio del padre e della madre, e quelli de' testimoni.

I. — Questo articolo, considerato nel suo insieme, non è stato dettato, nè deve applicarsi, come l'articolo precedente, se non nel caso in cui il padre del fanciullo sia legalmente conosciuto. Il signor Siméon diceva nel suo

dono o di esposizione, soggiunge il citato articolo. (Nota del traduttore).

(1) Merlin (*Rep.*, v. *dichiaraz. di nascita*, n. 4., Duranton, I, 312; *Rig.* 7 novembre 1823; Metz, 22 marzo 1824; Lione, 19 luglio 1827.

(2) In questo luogo dobbiammo avvertire che le nostre leggi civili hanno aggiunta una disposizione che non si trova nel codice francese, ed è quella dell'art. 61, così concepito: — « Nel dichiararsi la nascita del fanciullo, il padre naturale può esprimere il suo nome, tacendo quello della madre, quando la medesima non vi acconsenta. »

(3) Qui il nostro articolo aggiunge: *dall'uffiziale dello stato civile*; dal che conseguita che a costui compete tal diritto in simili casi. (Nota del traduttore).

(4) Anche un'altra aggiunta fa in questo luogo il nostro articolo alle indicazioni richieste dall'articolo francese, con le parole: *se abbia marche apparenti; la qualità delle vesti, e qua-*

rapporto al tribunato: « Da quest'obbligo di nominare il padre, non se ne potrebbe dedurre che egli debba essere nominato » nel caso in cui non si manifesti, o non sia conosciuto esser legato in matrimonio con la madre. Il senso dell'articolo è che non dovrà indicarsi se non il padre che vuole, o che dev'essere dichiarato. » (Fentil, t. VIII, p. 291) (2).

Una legge dell'11 germinale anno XI (1° aprile 1803) art. 1, proibisce agli uffiziali dello stato civile di ricevere per l'avvenire qualunque de' nomi ridicoli che la demenza rivoluzionaria avea immaginati qualche anno prima, ed ordina di non ammetterne altri che quelli in uso ne' differenti calendari, o quelli di personaggi conosciuti della storia antica. Gli art. 2 e 3 permettono a coloro che hanno questi nomi bizzarri di mutarli mediante una sentenza di rettifica de' loro atti dello stato civile. Infine l'art. 4 e seguenti indicano i modi da seguirsi per ottenere dal governo l'autorizzazione di cambiare il nome di famiglia.

58 [61]. — Chiunque trovasse un fanciullo recentemente nato, sarà tenuto a farne la consegna all'uffiziale dello stato civile colle vesti e con gli altri effetti ritrovati presso il fanciullo; ed a dichiarare tutte le circostanze del tempo e del luogo in cui sarà stato ritrovato.

Se ne stenderà un circosanziato processo verbale che enuncierà in oltre l'età apparente del fanciullo, il sesso, il nome che gli sarà dato (3), l'autorità civile al quale sarà consegnato (4). Questo processo verbale sarà inscritto ne' registri (5).

I. — Ben si vede che la legge prende tutte

lunche altro segno abbia in dosso. (Nota del traduttore).

(5) All'art. 61 delle nostre leggi civili segue l'art. 62, del tutto nuovo, perchè nessuna equivalente disposizione si rinviene nel codice francese: Il detto articolo è del tenor seguente: — « Nel caso che un fanciullo fosse portato nelle ruote dell'ospedale de' proietti, coloro che hanno la direzione di tali stabilimenti, saranno tenuti di darne l'avviso tra le ventiquattr'ore all'uffiziale dello stato civile; e terranno un registro dei fanciulli che vi pervengono, colle necessarie indicazioni espresse nell'articolo precedente. L'uffiziale dello stato civile iscriverà nel registro il tenore del rapporto, indicando la data del giorno in cui gli è pervenuto. Il rapporto cifrato dall'uffiziale dello stato civile sarà depositato presso la cancelleria del tribunale civile, come è disposto nell'articolo 45. » — Disposizione complementaria dell'ammirabile istituzione per lo ricovero de' proietti che fu tra noi ricevuta

le possibili precauzioni affinché in seguito i genitori, se lo desiderano, possano ritrovare il loro figliuolo. « Una semplice veste, un «cencio, diceva Siméon, possono talvolta «menare ad un ritorno di tenerezza o di «morso: nel caso in esame la legge non è «solamente previdente, ma affettuosa e pa- «terna. » (Fenet, t. VIII, p. 295) (1).

39 [63]. — Nascendo un fanciullo in tempo di viaggio per mare, l'atto di nascita sarà formato entro le ventiquattro ore in presenza del padre, qualora ivi si trovi, e di due testimoni presi fra gli ufficiali del bastimento, o, in mancanza di questi, tra le persone dell'equipaggio. Un tale atto sarà steso, su' bastimenti dello stato, dall'uffiziale dell'amministrazione della marina; e su i bastimenti appartenenti ad un armatore o negoziante, dal capitano, proprietario o padrone della nave. L'atto di nascita sarà inscritto appiè del ruolo dell'equipaggio.

I. — È chiaro che per le espressioni *capitano, proprietario o padrone* il nostro articolo non intende indicare tre capi, l'uno all'altro inferiore, che nella stessa nave potrebbero supplirsi per adempiere alle funzioni di ufficiale dello stato civile, ma con tali voci designa il comandante unico del bastimento. Difatti su i legni mercantili colui che comanda, secondo il vario uso delle diverse contrade, porta in un luogo il nome di capitano, in altri quello di proprietario, ed altrove quello di padrone.

Intanto se durante il viaggio questo capo morisse, o si trovasse impedito, per esempio, a cagion di malattie, è chiaro che le funzioni di ufficiale dello stato civile passano a colui che lo supplisce nel comando, e che chiamasi *secondo, secondo a bordo*, cioè *capo in secondo*. La legge, che in questo luogo non ha pensato a spiegarsi, formalmente lo dice nell'art. 989 [515] per la ricezione dei testamenti.

66 [64]. — Nel primo porto ove appro-

per l'innata filantropia del nostro paese (Nota del traduttore).

(1) Dalla precedente nota (2) appare come il nostro articolo meglio di quanto nol fece l'articolo francese, abbia compiuto il voto espresso nelle citate parole di Siméon (Nota del traduttore).

(2) Siccome l'articolo nostro varia in quanto alla sua redazione da quella dell'articolo francese, ordiniamo qui opportuno di trascrivere il primo: — « Nel primo porto ove approderà il bastimento tanto per prendere fondo, quanto per qualunque altra causa, fuorchè quella del suo disarmamento, gli ufficiali dell'amministrazione della marina, capitano, proprietario, o padrone saranno tenuti

Marcadé T. I

derà il bastimento, tanto per prender fondo, quanto per qualunque altra causa, fuorchè quella del suo disarmamento, gli ufficiali dell'amministrazione della marina, capitano, proprietario o padrone, saranno tenuti a depositare due copie autentiche degli atti di nascita che avranno formati, cioè: in un porto francese, all'ufficio del preposto all'iscrizione marittima; ed in un porto straniero, nelle mani del console.

L'una di queste copie resterà in deposito presso l'ufficio dell'iscrizione marittima, o nella cancelleria del consolato: l'altra si trasmetterà al ministro di marina, il quale farà pervenire una copia da lui certificata di ciascuno di detti atti all'uffiziale dello stato civile del domicilio del padre del fanciullo, o della madre, se il padre non è conosciuto: questa copia sarà tosto iscritta nei registri (2).

I. — Le copie autentiche, di cui fa motto il nostro articolo, sono copie rilasciate e certificate conformi all'originale da colui che ha ricevuto l'atto, e che, sotto questo rapporto, vien riguardato come ufficiale pubblico.

Torna evidente che la legge usa tutti i mezzi per impedire la dispersione dell'atto, e per assicurare lo stato del fanciullo. Colui che ha steso l'atto originale ne resta possessore, e ne redige non una copia, ma due, l'una delle quali resta nelle mani del console o del preposto, e l'altra è diretta al ministro, il quale ne invia una copia all'uffiziale dello stato civile.

61 [65]. — All'arrivo del bastimento in un porto di disarmamento, il ruolo dell'equipaggio sarà depositato presso l'ufficio del preposto alla iscrizione marittima, che trasmetterà una copia dell'atto di nascita da lui sottoscritto all'uffiziale dello stato civile del domicilio del padre del fanciullo, o della madre, se il padre non è conosciuto:

a depositare due copie autentiche degli atti di nascita, che avranno formati in un porto del regno presso la deputazione della Salute del porto medesimo, ed in un porto straniero, nelle mani del console.

« L'una di queste copie resterà in deposito presso l'ufficio della deputazione della Salute, o nella cancelleria del consolato: l'altra si trasmetterà al Ministro di Stato, da cui quelle autorità dipendono; il quale farà pervenire una copia da lui certificata di ciascuno di detti atti all'uffiziale dello stato civile del domicilio del padre del fanciullo, o della madre, se il padre non è conosciuto. Questa copia sarà tosto iscritta nei registri in conti-

questa copia sarà immantinente inscritta nei registri (1).

I. — Sarebbe molto naturale credere che questo articolo dovesse interamente applicarsi solo quando non si è adempiuto a tutto ciò che prescrive il precedente articolo. Qual pro, direbbero, se l'uffiziale dello stato civile ha di già ricevuto ed iscritto l'atto di nascita secondo l'art. 60 [61], qual pro nell'iscriverlo una seconda volta? Intanto, siccome nulla, si nella legge, come ne' lavori preparatori che l'hanno preceduta, c'indica che l'uno degli articoli deve applicarsi in mancanza dell'altro, ma al contrario ambidue dispongono in termini assoluti e senza condizione; siccome d'altronde, se il figlio avesse in seguito delle indagini a fare, degl'indizi a desiderare, sulla filiazione, per esempio, gli sarebbe utile di conoscere il disarmamento, il cui luogo ha dovuto essere necessariamente in Francia (poichè non si tratta che di navi francesi), e la cui epoca sarà meglio conosciuta, che quella di un approdo forse fatto in un paese molto lontano; stimiamo che questo sia il caso di dire: *Quod abundat non vitiat*, e che l'idea della legge sia che i due articoli simultaneamente si applicassero.

In questa ipotesi, direttamente e senza l'intermedia persona del ministro di marina la copia viene spedita all'uffiziale dello stato civile, e d'altronde si fatta copia è la sola in questo caso; il preposto non ne serba una seconda, poichè conserva lo stesso ruolo dell'equipaggio.

•• [66]. — L'atto di riconoscimento di un fanciullo sarà iscritto sotto la sua data nei registri, e se ne farà menzione in margine dell'atto di nascita, qualora esista.

SOMMARIO

I. Il riconoscimento può essere ricevuto, o per un atto di nascita; o per quest'ultimo caso esso non vi supplisce.

II. Può farsi pure in ogni atto sottoposto; ma sempre dev'essere trascritto su i registri dello stato civile.

III. Non vi è mai luogo a riconoscimento per un figlio legittimo.

I. — L'insieme del nostro articolo prova che il riconoscimento può aver luogo, ancorchè non esista atto di nascita, o perchè non sia stato steso, o perchè sia stato distrutto; in effetti esso da prima ci dice che l'atto di ri-

nunziazione e secondo l'ordine de' fogli, facendone però una semplice indicazione sul foglio corrispondente all'epoca della nascita. »

(1) Per lo stesso motivo additato nella nota precedente qui si trascrive l'or citato nostro articolo: — « All'arrivo del bastimento in un porto di disarmamento, il ruolo dell'equipaggio sarà depositato

conoscimento sarà iscritto alla sua data; in seguito poi aggiugne, che ne sarà fatta menzione in margine dell'atto di nascita *qualora ne esista uno*.

Nel caso d'inesistenza dell'atto di nascita, l'atto di riconoscimento non può supplire al medesimo. Esso infatti prova la filiazione, ma non mai ciò che l'atto di nascita ha per fine principale di dimostrare, cioè, l'epoca e il luogo della nascita. Bisogna dunque, quanto alla mancanza dell'atto di nascita, ripetere in questo luogo ciò che dicemmo sotto l'articolo 46 [48].

II. — Il riconoscimento, come dal nostro articolo appare, può aver luogo mercè dichiarazione innanzi all'uffiziale dello stato civile, ma può farsi pure in altri modi; l'art. 344 [267] c' insegna che può esser fatto con ogni sorta d'atto autentico.

Un notaio potrebbe dunque riceverlo, come del pari un giudice di pace assistito dal sub cancelliere. Dovrebbe però in tal caso l'atto di riconoscimento trascrivere su i registri dello stato civile?

Si risponde: Niun testo della legge lo richiede; dunque non è necessario il farlo.

È questo un errore: il testo della legge, che si asserisce di non esistere, trovasi precisamente nel nostro articolo, il quale infatti non dice che l'atto dev'essere iscritto su i registri soltanto allorchè il riconoscimento è ricevuto dall'uffiziale dello stato civile, il che lascerebbe tuttora intatta la questione del riconoscimento fatto innanzi ad altri uffiziali pubblici; ma senza limitazione, senza modificazione stabilisce, che l'atto di riconoscimento di un figlio dovrà essere iscritto su i registri. Oltracciò bisogna osservare che l'obbligo imposto d'iscrivere gli atti di riconoscimento su i registri, e di farne menzione in margine dell'atto di nascita, è il solo scopo di questo articolo, che non si occupa neppure di dirci come i riconoscimenti possono esser fatti, nè da chi gli atti possono essere ricevuti. Di ciò il legislatore tratta nel titolo VII; ora egli non si occupa che degli atti di nascita, come appare dall'intitolazione del nostro capitolo; non pensa che ai registri che contengono tali atti, e, per completare quanto rimano a dire sulla redazione e sulla tenuta de' registri, ordina, che quando ha luogo il riconoscimento di un figlio, l'atto ne sia iscritto sui registri delle nascite.

presso la deputazione della Salute, che trasmetterà una copia dell'atto di nascita da essa sottoscritta al Ministro di Stato, da cui dipende; il quale farà pervenirli all'uffiziale dello stato civile del domicilio del padre, o, essendo questi ignoto, a quella della madre del fanciullo. Questa copia sarà immantinente inscritta nei registri. »

Questo articolo d'altronde non è che la conseguenza di un importante principio stabilito dall'art. 45 [47], col quale il legislatore si sarebbe posto in contraddizione, se la sua idea rispetto agli atti di riconoscimento fosse stata quella che gli si attribuisce.

Abbiamo detto sotto il citato art. 45 [47], ed è stato proclamato dagli stessi redattori del codice, che lo stato di ciascuna persona non interessa solamente questa persona, ma eziandio la intera società; e che importa ad ognuno di conoscerlo. Da ciò trae origine la pubblicità stabilita dal codice per tutti gli atti, che fanno conoscere lo stato civile di ognuno. E non è forse una novella consacrazione di questo principio l'obbligo imposto dal nostro articolo di menzionare in margine dell'atto di nascita il riconoscimento che si farà di un figlio, affinché tutti coloro, che si facessero rilasciare estratti dell'atto di nascita di costui, abbiano nel medesimo tempo la notizia del riconoscimento, che posteriormente ha cambiato il suo stato?

Ma ciò non è tutto: al testo formale del nostro articolo, alla teoria generale del codice, che detterebbe la stessa nostra decisione, anche quando questo articolo non esistesse, vengono maggiormente ad aggiugnere peso le parole su tal proposito pronunziate al tribunato, e che dimostrano che tale sia stato pure il pensiero de' legislatori.

Il tribuno Duchesne, nel suo rapporto diceva: « L'art. 65 ordina l'iscrizione, su i registri, dell'atto di riconoscimento di un figlio, ne' casi in cui possa aver luogo, secondo le regole che sono stabilite nel titolo della filiazione; IL CHE CI È PARUTO INDISPENSABILE. » (Fenet, t. VIII, p. 113).

III. — Se avvenisse che la filiazione di un figlio legittimo non fosse constatata dal suo atto di nascita (per esempio, si fosse dichiarato come nato da padre e da madre ignoti) potrebbe questo figlio essere riconosciuto innanzi all'uffiziale dello stato civile ad oggetto di procurargli una prova di siffatta filiazione?... La negativa non ci sembra dubbia.

Da prima ripetismo che il nostro articolo non ha affatto per oggetto di dirci quali figli si possano riconoscere, e che il suo scopo unico è di manifestarci che ogni riconoscimento, qualora sarà fatto, dovrà essere iscritto su i registri dello stato civile. Riguardo poi al determinar quali siano i figli che possano essere riconosciuti, in quali modi si debbano riconoscere, quali siano gli effetti del riconoscimento, ec., il legislatore non se ne occupa che nel titolo della paternità e

della filiazione, art. 312 [331] (1) e seguenti, e vi espone prolissamente e distintamente le regole della filiazione, si legittima, come naturale.

Ora in quel titolo il legislatore ci dice che la filiazione naturale non si prova giammai con l'atto di nascita, ma solamente con un riconoscimento, che può invero esser fatto nell'atto stesso di nascita (art. 331 [257]); e che al contrario la filiazione legittima si prova col medesimo atto di nascita (art. 319 [241]). Da ciò ne segue che l'atto di nascita del figlio naturale non ha che uno scopo, cioè di provare il fatto della nascita; di guisa che l'atto è completo quando si è indicata l'epoca ed il luogo in cui il fanciullo è nato, il suo sesso, i nomi impostigli; e se ha luogo un riconoscimento, è questo un secondo atto che si riunisce al primo. Per l'opposto l'atto di nascita del figlio legittimo, avendo per fine di provare sì la nascita come la filiazione, non sarà completo se non quando vi sarà indicata la filiazione. Alorchè dunque si domanda di fare il riconoscimento di un figlio naturale, siffatta domanda non cangia l'atto di nascita, il quale resta sempre qual è, ma costituisce un nuovo atto che ha il suo particolare effetto, ed in nulla modifica l'atto di nascita che è, e rimane completo. Al contrario chiedere il riconoscimento d'un figlio legittimo, dicendo che per errore la sua filiazione non è stata indicata nell'atto di nascita, sarebbe un pretendere che il detto atto di nascita non sia completo, ed equivarrebbe certamente ad una domanda di rettifica, la quale, trattandosi di un atto dello stato civile, non può aver luogo che in virtù di un giudicato, ai termini degli art. 99 [104] e seguenti.

Quanto abbiain detto riguarda il caso in cui esiste un atto di nascita le cui enunciazioni sono insufficienti; il risultamento però sarebbe lo stesso se non esistesse affatto, sia perchè non fosse stato redatto, sia perchè fosse stato distrutto. In tale ipotesi ben si potrebbe ricevere il riconoscimento di un figlio naturale, giacchè quest'atto è una cosa distinta ed indipendente da quello di nascita (ed abbiamo anche fatto osservare sotto il num. I, che tal caso è formalmente preveduto dal nostro articolo). Ma per contro non potendo il figlio legittimo provare la sua filiazione che col solo atto di nascita, ne segue che tale atto bisognerebbe procurargli, seguendo le regole additate dall'articolo 46 [48].

Insomma, non si dà mai luogo a riconoscimento in favore di un figlio legittimo. Bisogna o indicare esattamente la filiazione nel

(1) Vedasi sotto l'articolo francese ora citato in che ne differisca l'articolo nostro indicato come

corrispondente al medesimo. (Nota del traduttore).

suo atto di nascita, o chiedere la rettifica dell'atto di nascita imperfetto, o finalmente invocare le regole dell'art. 46 [48] nei casi da quest'articolo preveduti, per stabilire nell'istesso tempo e la nascita e la filiazione. Del rimanente il figlio legittimo per provare la sua filiazione ha altresì diversi mezzi sussidiari che saranno spiegati sotto l'art. 320 [242] e seguenti; fra questi mezzi però non bisogna contare il riconoscimento, che ha luogo soltanto a pro de' figli naturali, giusta quanto si è esposto di sopra. Ciò è provato ancora da un'ultima circostanza, e basta essa sola per stabilire che il nostro articolo è stato effettivamente adottato nel senso che noi gli diamo: nella esposizione dei motivi di questo titolo, il consigliere di stato Thibaudau, terminando il nostro capitolo II, e facendo allusione all'art. 62 [66], diceva: « In » fino, siccome nel titolo della paternità e » della filiazione si è trattato del riconosci- » mento de' figli nati fuori matrimonio, così » un articolo stabilisce che gli atti di ricono- » scimento dovranno essere iscritti su i re- » gistri. »

CAPITOLO III.

DEGLI ATTI DI MATRIMONIO.

N. B. — Gli art. 63 a 76 [67 a 81], che compongono questo capitolo, tracciano tutte le regole, il cui scopo è di assicurare l'adempimento delle condizioni richieste per contrarre matrimonio; e, poichè non ancora siffatte condizioni sono da noi conosciute, reputiamo opportuno rinviare la corrispondente spiegazione al titolo del matrimonio, ove si troverà con tutta naturalezza collocata.

CAPITOLO IV.

DEGLI ATTI DI MORTE.

77 [82]. — Non si darà sepoltura, se non previa autorizzazione dell'uffiziale dello stato civile, da darsi su carta semplice, e senza spese. L'uffiziale dello stato civile non potrà accordarla, se non dopo che si sarà trasferito presso il defunto, per assicurarsi della morte, e dopo lo spazio di ore ventiquattro dalla morte medesima; a riserva dei casi contemplati dai regolamenti di polizia.

SOMMARIO.

- I. Non è il rilascio dell'autorizzazione, ma la sepoltura che non può effettuarsi se non dopo le ventiquattr'ore, salvo i casi relativi alla salute pubblica.
- II. L'uffiziale dello stato civile deve trasferirsi al domicilio.
- III. La dichiarazione deve farsi nelle ventiquattr'ore; ma la sepoltura può farsi molto più tardi.

I. — L'autorizzazione, di cui fa motto il nostro articolo, se vuoi stare ai suoi termini,

dev'essere rilasciata ventiquattr'ore dopo la morte. Ma ciò non è quanto ha inteso dire il legislatore; la sua idea è che la sepoltura non debba aver luogo che ventiquattr'ore al più presto dopo la morte. Quanto all'autorizzazione può rilasciarsi, ed infatti si rilascia più presto, ma con la menzione che la sepoltura non possa farsi prima di un'ora determinata.

Quel che diciamo, cioè che l'autorizzazione secondo lo spirito della legge possa accordarsi prima delle ventiquattr'ore, facilmente si prova ravvicinando il nostro articolo al decreto del 4 termidoro anno XIII. Infatti secondo il nostro articolo, ed anche secondo il suo senso letterale, la sepoltura può sempre darsi dopo le ventiquattr'ore, poichè, l'autorizzazione potendo, scorso il detto termine, essere rilasciata, ottenuta, nulla impedirebbe d'immediatamente procedere alla sepoltura. L'inumazione dunque, ed insistiamo su ciò, dopo le ventiquattr'ore è permessa; or, secondo il decreto del 4 termidoro, non solamente non può aver luogo la sepoltura prima che quest'autorizzazione sia stata accordata, ma gl'intraprenditori o altri che ne abbiano il dritto non possono neppure rilasciare le necessarie forniture per i funerali. Tali forniture per prepararle richiedendo spesso molto tempo, bisogna dunque che l'autorizzazione sia rilasciata prima che scorrano ventiquattr'ore, affinchè allo spirare di questo termine nulla mancasse per eseguire la inumazione; diversamente la legge, permettendo da un lato la sepoltura dopo le ventiquattr'ore, dall'altro la renderebbe impossibile. Del rimanente si fatto periodo di ventiquattr'ore non è richiesto che nei casi ordinari; ne' tempi di epidemia, o quando il cadavere va soggetto a putrefazione, la sepoltura può farsi molto prima, il che risulta dalle ultime parole del nostro articolo: *salvo i casi preveduti dai regolamenti di polizia.*

II. — Secondo il medesimo nostro articolo, l'uffiziale dello stato civile non deve rilasciare l'autorizzazione se non dopo di essersi trasferito presso la persona defunta. Tuttavia è chiaro che questo uffiziale non viola la legge, ma al contrario si uniforma al suo spirito, quando nell'adempimento di siffatta incumbenza si fa rimpiazzare da un medico, come suolsi praticare in alcune città. Quel che costituisce però una vera violazione della savia disposizione del nostro articolo è l'abitudine presa dagli uffiziali dello stato civile di molti luoghi di non recarsi al domicilio del morto, e di non ispedirvi altri in loro vece; in guisa che sarebbe facilissimo di far nella debita forma constatare la morte di una persona in una casa, mentre che nessuno vi è morto e la persona sta benissimo in salute.

III. — Il codice civile non determina il periodo di tempo nel quale debba esser fatta la dichiarazione, nè le persone che debbano farla; ne conseguita forse che siffatto obbligo non sia imposto ad alcuno, e che quando meglio piaccia vi si possa adempire?... È chiaro che non è questa l'idea del legislatore, e che per penetrare nelle sue vedute bisognerà applicare ciò che su tal proposito ordinava il titolo 5 della legge del 20 settembre 1792, relativa agli atti di morte, e dal quale si è tratta la maggior parte delle disposizioni del presente capitolo. L'art. 1° di quel titolo richiedea che la dichiarazione fosse fatta da due de' più prossimi parenti o vicini, e fra le ventiquattr'ore al più tardi.

Fra questo titolo 5 della legge del 20 settembre 1792 e il nostro capitolo vi ha una differenza notevole, e che fa ben intendere la cagione del silenzio serbato su tal proposito dal legislatore. In effetti, la legge del 20 settembre, senza discorrere della sepoltura, ordinava di fare la dichiarazione di morte in un determinato termine *al più tardi*; il nostro codice per l'opposto, senza occuparsi di quest'ultimo punto, proibisce di dare la sepoltura *prima del detto termine*, ordinando d'altronde che la medesima sia preceduta dalla dichiarazione. Il legislatore ha stimato che la premura, talvolta indecente e sempre pericolosa, che si adopera spessissimo per isbarazzarsi del corpo di un parente o di un amico, era una sufficiente guarentigia che la sepoltura e quindi la dichiarazione di morte avessero luogo con molta sollecitudine, e che era uopo invigilare non già che la dichiarazione e la sepoltura si facessero troppo tardi, ma al contrario che troppo presto non fossero fatte.

Ciò ci spiega perchè il nostro capitolo, che dovrebbe occuparsi dell'atto di morte e non della sepoltura (obbietto del dritto amministrativo), parla non pertanto da prima della sepoltura, e non si occupa dell'atto se non nell'articolo seguente. Il legislatore, preoccupato dai gravi pericoli di premature sepolture, ha colto la occasione di prescrivere una disposizione che le impedisca, e non ha più pensato a fissare nel senso opposto un termine prima dello spirare del quale debba farsi se non la sepoltura, almeno la dichiarazione. Ma ognuno senza dubbio penserà come noi, che egli su tal riguardo non ha inteso derogare alla surriferita legge del 20 settembre 1792.

Nello stesso nostro capitolo inoltre molti articoli rinvengonsi che chiaramente dino-

tano nel legislatore la volontà che la dichiarazione al più tardi si faccia fra le ventiquattr'ore; e primieramente l'art. 80 [85] il quale vuole che in caso di morte negli ospedali, dai superiori, direttori de' medesimi ne sia dato avviso *fra le ventiquattr'ore* all'uffiziale dello stato civile; quindi gli articoli 83 e 86 [88 e 91] che stabiliscono lo stesso termine, ciascuno pel caso particolare che prevede.

La dichiarazione deve dunque esser fatta nelle ventiquattr'ore, al più tardi; ma nulla obbliga di dar sepoltura appena spirato siffatto termine; al contrario, è conforme alla ragione ed alle ben manifeste vedute del legislatore che il corpo sia sempre guardato quanto più lungamente si possa (1).

79 [83]. — Si stenderà l'atto di morte dall'uffiziale dello stato civile sulla dichiarazione di due testimoni. Questi testimoni, se è possibile, saranno due più prossimi parenti o vicini, o, quando la morte di qualche persona accada fuori del di lei domicilio, quelli, nella cui casa sarà essa defunta, ed un parente o altro testimonio.

I. — Le due persone, di cui parla l'articolo saranno in pari tempo dichiaranti e testimoni, il che è provato dalla sua prima frase, e dal primo comma dell'articolo seguente.

79 [84]. — L'atto di morte conterrà il nome, il cognome, l'età, la professione ed il domicilio del defunto; il nome e cognome del coniuge; se la persona defunta era congiunta in matrimonio, o vedova; i nomi, i cognomi, l'età, le professioni ed i domicili de' dichiaranti, ed il grado di loro parentela, se sono parenti.

Lo stesso atto conterrà inoltre, per quanto si potranno sapere, i nomi, i cognomi, la professione ed il domicilio del padre e della madre del defunto, ed il luogo della sua nascita.

I. — L'atto di morte deve naturalmente avere per obbietto di constatare tre cose: 1.° che veramente abbia avuto luogo la morte; 2.° quale sia la persona defunta; 3.° a quale famiglia essa appartenga. L'art. 77 [82] si riferisce al fatto stesso della morte; gli articoli 78 e 79 [83 e 84] si occupano entrambi della individualità e de' vincoli di famiglia del defunto.

(1) Per completare il commento dell'articolo rimandiamo a decreti degli 14 marzo 1813 e 12 dicembre 1828 relativi a' composanti; ed a quello

del 10 ottobre 1826, col quale a' suicidi è negata ecclesiastica sepoltura. (Nota del traduttore).

Il nostro articolo non richiede la menzione del giorno e dell'ora della morte. L'uffiziale senza dubbio può riceverne la dichiarazione; ma essa non farebbe fede sino all'iscrizione in falso, poichè altro non sarebbe che la semplice deposizione di due testimoni ordinari. Abbiamo detto sotto l'art. 45 [47] che gli atti dello stato civile fanno fede, sino alla iscrizione in falso, soltanto delle enunciazioni che l'uffiziale pubblico abbia potuto attestare *proprio sensibus*; ma in questo caso, e riguardo a siffatta enunciazione, havvi una seconda ragione per seguirsi la nostra opinione; cioè che la enunciazione non è sostanziale all'atto, poichè la legge non la richiede, e tal circostanza fa che la nostra decisione debba essere ammessa anche da quelli che opinano che rispetto agli atti dello stato civile i dichiaranti hanno un carattere pubblico per fare la loro dichiarazione. Infatti, supponendo vera questa opinione, di cui abbiamo dimostrata la fallacia sotto l'art. 45 [47], nel caso nostro i dichiaranti più non avrebbero tal carattere, poichè la loro dichiarazione, quanto a questo punto, sarebbe stata fatta senza mandato della legge.

●● [85]. — In caso di morte negli ospedali militari, civili, o in altre case pubbliche, i superiori, direttori, amministratori o soprantendenti di queste saranno tenuti di darne l'avviso entro ore ventiquattro all'uffiziale dello stato civile; il quale vi si trasferirà per assicurarsi della morte, e ne stenderà l'atto, in seguito delle dichiarazioni che gli saranno state fatte, e delle informazioni che avrà prese, in conformità del precedente articolo.

Negli ospedali e nelle suddette case si terranno registri destinati ad inscrivere queste dichiarazioni ed informazioni.

L'uffiziale dello stato civile trasmetterà l'atto di morte all'uffiziale dell'ultimo domicilio della persona defunta, il quale lo iscriverà ne' registri.

(t) Vedi il testo di siffatta ordinanza sotto il nostro articolo nel CODICE TRIPIER.

Sovente ci siamo sorpresi e vivamente doluti che fra tante edizioni del codicel non se ne trovasse una sola che riproducesse, almeno relativamente a ciò che è indispensabile a conoscersi, i testi delle nostre antiche ordinanze, che spesso per una frase, per una parola, bisogna praticare lunghe indagini nelle voluminose collezioni che si rinvengono nelle grandi biblioteche. Un legista intelligente ed instancabile ha colmato cotesta lacuna; il sig. Tripiér, dopo aver riunito, con lungo e paziente lavoro negli archivi nazionali, anche quelle disposizioni che sono ommesse nelle grandi rac-

I. — I registri speciali di cui parla questo articolo debbono essere indistintamente tenuti negli spedali ed altre case pubbliche; la disposizione dunque si applica ai collegi, seminari ed altri stabilimenti in cui abitano un gran numero di persone. Tuttavia se ne debbono eccettuar le prigioni, come osserveremo all'art. 81 [89] n. II.

Del rimanente questi registri non farebbero fede sino all'iscrizione in falso; imperocchè non sono tenuti nè redatti da un uffiziale pubblico. Scopo della legge nel prescriverli è stato quello di aprire una nuova sorgente d'informazioni, che può divenire utilissima soprattutto nel caso in cui venisse a disperdersi o distruggersi il registro dello stato civile nel quale l'atto dovrà essere iscritto.

Diversamente avviene ne' lazzeretti: quivi le menzioni fatte ne' registri tenuti nello stabilimento sono veri atti di morte, attesochè la legge del 3 marzo 1822 incarica le autorità sanitarie di adempiere in queste case le funzioni di *uffiziale dello stato civile*, e di redigere in presenza di due testimoni *gli atti di nascita e di morte*, di cui una copia viene inviata all'uffiziale dello stato civile del comune, il quale dee solo trascriverla sui propri registri.

●1 [86]. Risultando segni o indizi di morte violenta, o altre circostanze che daranno luogo a sospettarlo, non si potrà seppellire il cadavere, se non dopo che l'uffiziale di polizia, assistito da un medico o chirurgo, abbia steso il processo verbale dello stato del cadavere e delle circostanze relative; come anche delle notizie, che avrà potuto ricavare sul nome, sul cognome, sulla età, sulla professione, sul luogo di nascita e sul domicilio del defunto.

I. — I primi versi di quest' articolo, servilmente copiati dall'ordinanza del 1736 (1), presentano un vizio di redazione tanto meno pericoloso, quanto più è madornale. Il loro

colte, ha posto sotto i diversi articoli del codice tutti i testi antichi che vi corrispondono e che sono necessari, nulli o solamente interessanti a conoscersi. Non saremo più costretti, come nelle nostre precedenti edizioni, a rinviare alle collezioni d'Isambert, di Néron e di altri, di cui il lettore non è quasi mai in grado di profittarne, e in ogni caso non può farlo che con grande perdita di tempo: ormai il lettore costantemente avrà tali testi sotto gli occhi nel suo medesimo codice e nella pagina stessa ove sono gli articoli che studia. La pubblicazione dunque de' CODICI TRIPIER ha reso un segnalato servizio allo studio del diritto.

senso evidentemente è: quando segni o indizi fanno presumere che vi sia stata morte violenta, o che altre circostanze diano luogo a sospettare che vi sia stata morte violenta. La redazione sarebbe più corretta se in vece del pronome maschile *lo*, che logicamente non può rapportarsi che a tutta la proposizione precedente, si mettesse il pronome *la*, che si riferirebbe alle parole *morte violenta* (1).

87 [87]. — L'uffiziale di polizia dovrà immediatamente trasmettere all'uffiziale dello stato civile del luogo, ove sarà morta la persona, tutte le notizie enunciate nel suo processo verbale, in vista delle quali si stenderà l'atto di morte.

L'uffiziale dello stato civile ne trasmetterà una copia a quello del domicilio della persona defunta, se è noto: questa copia sarà inserita ne' registri.

88 [88]. — I cancellieri criminali saranno tenuti fra ventiquattr'ore dalla esecuzione di una sentenza di morte a trasmettere all'uffiziale dello stato civile del luogo ove il condannato avrà subita l'esecuzione, tutte le notizie enunciate nell'art. 79 [84], in vista delle quali si stenderà l'atto di morte.

89 [89]. — Morcendo alcuno nelle prigioni, ovvero nelle case di arresto o di detenzione, ne sarà dato immediatamente avviso dai carcerieri o custodi all'uffiziale dello stato civile, il quale ivi si trasferirà, come è detto nell'art. 80 [85], e stenderà l'atto di morte.

I. — Ne' casi di questi due ultimi articoli la legge non richiede esplicitamente che una copia dell'atto di morte sia trasmessa all'uffiziale dello stato civile del domicilio; ma l'idea del legislatore su tal punto chiaramente apparisce dagli art. 80 e 82 [85 e 87] per potersi senza tema affermare che ciò debba egualmente aver luogo.

E per certo ci uniformiamo allo spirito della legge, manifestato dall'art. 78 [83], dicendo che ne' diversi casi degli art. 80, 82, 83 e 84 [85, 87, 88 e 89] l'atto debba essere redatto in presenza di due testimoni; il che è una regola generale che l'art. 78 [84], il quale domina tutta questa materia, evidentemente stabilisce per l'intero capitolo.

Ne' casi però preveduti dagli art. 82 e 83 [87 e 88], dal testo medesimo si scorge che l'uffi-

ziale dello stato civile non è obbligato di muoversi, perchè la morte in quei casi gli viene attestata da un pubblico uffiziale (nel primo caso, l'uffiziale di polizia; nel secondo, il cancelliere); di guisa che non ha bisogno di assicurarsene da sè stesso come ne' casi ordinari.

Infine havvi ancora una circostanza tralasciata dal nostro articolo, e che è d'uopo supplire per analogia degli articoli precedenti, ed è il termine nel quale debba essere dato l'avviso dai custodi. La legge dice *immediatamente*, ma non indica il momento fatale prima del quale debba esser dato l'avviso; qui del pari il termine è certamente di ventiquattr'ore, come nel caso dell'art. 80 [85], che prevede una simile circostanza, ed al quale rinvia il nostro medesimo articolo.

Ma si dovrà forse del pari dedurre per analogia l'obbligo imposto dall'art. 80 [85] per le case pubbliche, e qui non riprodotto per le prigioni, di tenere cioè un registro destinato a ricevere le informazioni relative alle morti avvenute nella casa? A noi pare evidente che no: infatti perchè la legge, dopo avere nell'art. 80 [85] stabilito una regola generale per le morti in tutte le case pubbliche, ci ha dato un articolo a parte per le morti nelle prigioni? Certamente con ciò essa mostra a sufficienza che vuol mettere una differenza fra le morti nelle prigioni, e quella nelle altre case pubbliche; or siffatta differenza non può essere che quella di cui qui favelliamo, imperocchè non havvi alcun motivo per rigettare nell'attuale caso le altre regole dell'art. 80 [85]. L'articolo seguente d'altronde ci fa intendere in modo evidente questo pensiero della legge. Difatti tale articolo formalmente proibisce che l'atto di morte di una persona trapassata in prigione faccia menzione di questa circostanza; si dovrà dire solamente che la persona sia morta nella tale città, nella tale strada, nel tale numero. Or, a che servirebbe, e che significherebbe questa precauzione se in ciascuna prigione si dovesse tenere un registro destinato a raccogliere e perpetuare i nomi di tutti coloro che vi sono morti?

90 [90]. — In qualunque caso di morte violenta, o di morte accaduta nelle prigioni e case di arresto, o di esecuzione delle sentenze di morte, non si farà ne' registri veruna menzione di tali circostanze: e gli atti di morte saranno semplicemente stesi nella forma prescritta dall'art. 79 [84].

(1) La critica dell'autore non si adatta alla redazione del nostro articolo, il quale ha tradotto *de le soupçonner* precisamente a sospettarla, rife-

rendo la detta espressione alle sole parole *morte violenta*, e non all'intera frase. (Nota del traduttore).

I. — La menzione delle circostanze di cui si tratta, essendo espressamente vietata dalla legge, le parti interessate possono, se essa abbia avuto luogo, farla scomparire col mezzo di una sentenza di rettifica in conformità dell'art. 99 [104], ed allo spese giudiziarie sarebbe tenuto l'uffiziale dello stato civile, poichè per sua colpa si farebbe un tale giudizio.

86 [91]. — Succedendo la morte in un viaggio di mare, se ne formerà l'atto entro ventiquattr'ore alla presenza di due testimoni presi fra gli uffiziali del bastimento, o in loro mancanza fra gli uomini dell'equipaggio. Questo atto sarà steso, sopra un bastimento dello stato, dall'uffiziale di amministrazione della marina; e sopra un bastimento appartenente ad un negoziante o ad un armatore, dal capitano, proprietario o padrone del naviglio. L'atto di morte sarà inserito appiè del ruolo dell'equipaggio.

87 [92]. — Al primo porto a cui approderà il bastimento, sia per pigliar fondo, sia per qualunque altra causa, fuorchè quella del suo disarmamento, gli uffiziali dell'amministrazione della marina, capitano, proprietario o padrone, i quali avranno formato atti di morte, saranno tenuti a depositarne due copie, in conformità dell'art. 60 [64].

Nell'arrivo del bastimento nel porto di disarmamento, il ruolo di equipaggio si depositerà all'ufficio del direttore della inserzione marittima; questi trasmetterà una copia dell'atto di morte da lui sottoscritto all'uffiziale dello stato civile del domicilio della persona defunta. Questa copia sarà trascritta su' registri (4).

SOMMARIO

- I. Rinvio agli art. 60 e 61 [64 e 65] rimesso ad esaminare tre casi straordinari di morte, di cui il codice ora parla, e che bisogna aggiungere al cinque già preveduti.
- II. Sesto caso: fanciullo presentato morto all'uffiziale dello stato civile. Decreto del 4 luglio 1806.
- III. Settimo caso: morte ne' lavori delle miniere con impossibilità di trovare il cadavere. Decreto del 3 gennaio 1813.
- IV. Ottavo caso: morte in un incendio e in una inundazione con im-

possibilità del pari di trovare il cadavere. Per analogia bisogna anche in questo caso applicare lo stesso decreto del 1813, e non già le regole sull'anima.

I. — Per la spiegazione di questi due ultimi articoli ci è sufficiente di rinviare il lettore a ciò che si è detto intorno agli art. 60 e 61 [64 e 65] (2).

Abbiamo esaminato ne' cinque art. 80, 81, 83, 84 e 86 [85, 86, 88, 89 e 91] cinque casi straordinari di morte, formalmente preveduti dal codice; ne resta ora ad osservarne tre altri, di cui due sono l'oggetto del primo decreto testè indicato, ed il terzo non è stato preveduto da alcuna disposizione legislativa.

II. — Il sesto caso straordinario di morte (primo de' tre non preveduti dal codice) è quello di un fanciullo morto prima che la sua nascita sia stata registrata. Questo caso è stato preveduto dal decreto del 4 luglio 1806, che vieta all'uffiziale dello stato civile di esprimere che questo fanciullo è morto; perchè pregiudicherebbe la quistione, sovente importantissima, cioè se abbia o no avuto vita; quistione che non si può decidere da altri che dai tribunali. L'uffiziale deve soltanto esprimere che il fanciullo gli sia stato presentato *senza vita*, e ricevere le dichiarazioni de' testimoni circa il nome, cognome, qualità e domicilio del padre e della madre, non che l'epoca precisa della nascita. Questo atto è inserito alla sua data ne' registri di morte, e supplisce l'atto di morte.

III. Il settimo caso straordinario di morte è quello in cui gli operai adoperati nelle miniere, essendo periti durante i loro lavori, sarà impossibile di penetrare nel luogo ove si trovano i loro corpi. Questo caso è stato preveduto dall'art. 19 del decreto del 3 gennaio 1813, che ordina ai direttori di fare sull'istante redigere un processo-verbale dal *mair*, o da altro pubblico-uffiziale, il quale lo trasmetterà al procuratore della repubblica e questi coll'autorizzazione del tribunale lo farà inserire nel registro delle morti.

IV. — L'ottavo ed ultimo caso è quello in cui una persona fosse consumata in un incendio, o inghiottita dalle onde, senza che se ne possa rinvenire il cadavere. Taluni autori, di cui stentiamo veramente a comprendere l'idea, in questo caso pretendono

(4) Questo articolo è stato modificato ne' seguenti termini dal nostro art. 92, ad oggetto di coordinarlo alle modificazioni precedentemente notate:—

- « Al primo porto a cui approderà il bastimento,
- « sia per pigliar fondo, sia per qualunque altra
- « causa, fuorchè quella del suo disarmamento, gli
- « uffiziali di amministrazione della marina, capitano,
- « proprietario o padrone, i quali avranno formato
- « atti di morte, saranno tenuti a depositarne due
- « copie presso le autorità indicate nell'articolo
- « 61, le quali eseguiranno ciò che quivi è prescritto.

« Nell'arrivo del bastimento nel porto di disarmamento il ruolo di equipaggio si depositerà all'ufficio della deputazione della salute. Questa ne trasmetterà al Ministro di Stato, da cui dipende, una copia autentica, per praticarsi ciò che per gli atti di nascita è disposto nell'articolo 65. » (Nota del traduttore).

(2) Veggasi per la riforma portata dal secondo dei citati nostri articoli al corrispondente articolo francese la nota (4) pag. 146 (Nota del traduttore).

che si debbano seguire le regole dell' assenza.

Secondo le disposizioni stabilite dal codice civile nel titolo degli assenti, quando una persona ad un tratto sia scomparsa, senza che si sappia che ne sia avvenuto, o quando essendo in prima partita per uno scopo conosciuto dai suoi parenti o amici, poscia cessasse di dare sue notizie, senza potersene spiegare il silenzio, in ambo i casi vi ha luogo a far provvedere dal tribunale all'amministrazione de' suoi beni; e quando questo stato d'incertezza sia durato per cinque anni, la persona può con sentenza essere dichiarata *assente*. Per effetto di tal dichiarazione la successione dell'assente si reputa aperta, ed i suoi eredi presuntivi possono farsi provvisoriamente immettere in possesso de' suoi beni, salvo a restituirglieli in caso che ricomparisca. Se scorrono poi trent'anni senza che si abbiano sue notizie, gli eredi presuntivi possono far pronunciare l'immissione definitiva in possesso, il cui effetto è di permettere loro ogni atto di alienazione; di guisa che, se dopo questa immissione definitiva ricomparisse l'assente, costui riprenderebbe di vero i suoi beni, ma nello stato in cui si troverebbero; e non ricomprendo i suoi eredi ne restano proprietari.

Tali sono le disposizioni che taluni autori vorrebbero che si applicassero all'ipotesi in discorso. Ma per verità qual relazione esiste fra il caso in cui una persona scomparisce senza che si possa dire quel che ne sia avvenuto, e quello in cui è vittima di un accidente nel quale tutti sanno che abbia perduta la vita?

È chiaro che havvi analogia perfetta fra questo caso e quello degli operai che sono periti nelle miniere senza che si possano trovare i loro corpi, e che per conseguenza bisognerebbe qui applicare le disposizioni del decreto del 3 gennaio 1813, menzionato nel precedente numero. Però, non esistendo alcun testo legislativo, in questa ipotesi, per imporre al tale od al tale altro l'obbligo di agire, come prescrive il decreto del 1813 pe' casi di morte nelle miniere, spetta alle parti interessate provocare da sé stesse le necessarie indagini.

È inutile di far osservare che se le circostanze siano tali da rimanere dubbi sulla morte, il tribunale non dovrebbe autorizzare l'inserzione del processo verbale ne' registri di morte, sì in questo caso di lavori alle miniere, come in qualunque altro.

CAPITOLO V.

DEGLI ATTI DELLO STATO CIVILE, RIGUARDO AI MILITARI FUORI DEL TERRITORIO DELLA REPUBBLICA.

§§ [93]. — Gli atti dello stato civile fuori del territorio della Repubblica, riguardanti militari o altre persone impiegate al seguito delle armate, saranno stesi nelle forme prescritte dalle precedenti disposizioni; salve le modificazioni contenute nei seguenti articoli.

SOMMARIO.

- I. -- Necessità di speciali disposizioni pel caso del nostro capitolo.
- II. -- Estensione delle disposizioni di questo capitolo. -- Regole a limiti della competenza degli ufficiali dello stato civile dell'armata e degli ufficiali del paese straniero. -- Disparato con Merlin.
- III. -- Seguito della stessa teoria. Come bisogna intendere la parola: 1. Ufficiali occupati dell'armata; 2. Persone appartenenti all'armata.
- IV. -- Le regole di questo capitolo si applicano pure nel nostro territorio ai militari che a non averla responsabilità di ricorrere agli ufficiali dello stato civile ordinario.

I. — In mezzo all'imbarazzo di un'armata in campagna non si poteano pretendere, per la redazione degli atti dello stato civile, tutte le formalità il cui adempimento è richiesto nei casi ordinari. Non si poteano neppure inviare coloro che compongono questa armata a far redigere i loro atti innanzi agli uffiziali del paese: in tempo di guerra, e quando le truppe nemiche invadono una provincia, gli uffiziali pubblici del paese non si prestano ad offrire il loro ministero ai soldati stranieri, i quali dal canto loro sarebbero spesso nella impossibilità di ricorrere ad essi.

È stato necessario allontanarsi in tali casi dalle regole ordinarie, e stabilire qualche eccezione alle disposizioni precedentemente fermate. Del rimanente ben si scorge che le disposizioni del nostro capitolo non sono che eccezioni fatte a regole, le quali proseguono ad avere il loro vigore per tutto ciò che non ne sia stato formalmente eccezzuato.

II. — Gli autori sono molto discordi intorno all'esatta estensione delle regole del nostro capitolo. Taluni sostengono che gli atti dello stato civile de' militari in servizio fuori del territorio debbono essere esclusivamente ricevuti dagli uffiziali che vengono indicati negli articoli seguenti (1); taluni altri opinano che gl'impiegati de' paesi ove i medesimi si trovino abbiano anche il dritto di redigerli, sia assolutamente, come per ogni straniero dimorante nel loro paese, sia almeno per alcuni atti ed in talune circostanze (2).

(1) Merlin (Rep., v. Stato civile, §. 3), Duranton (t. 232), Zachariae (l. p. 140), Valette (l. p. 234).

Marcadé T. I.

(2) Coin-Delisle (n. 5), Richelot (t. 495), Demolombe (t. 315).

Esaminando accuratamente i principi che risultano dalla natura stessa delle cose, e scrutando il pensiero che ha predominato nella redazione di questo capitolo, si potrà stabilire una dottrina che, secondo noi, deve conciliare le discordanti opinioni su tal punto.

Prima di tutto è ben chiaro che il caso di un'armata che invade un territorio straniero è del tutto differente da quello in cui semplici individui penetrino nel territorio suddetto. Un'armata entra in un paese straniero non per obbedire ma per comandare; non è suo scopo di sottomettersi alle leggi che vi trova stabilite, ma piuttosto di dettar quelle che sappia giudicare a proposito; di guisa che ne' luoghi che occupa, la sovranità del paese scompare ai suoi occhi, per dar luogo a quella del potere che la invia: il territorio occupato rappresenta la Francia. Ciò è richiesto dalla forza delle cose, e, checchè ne abbian detto taluni autori, è questo certamente il pensiero con cui si è dettato il nostro capitolo V, e che deve in conseguenza servirci di guida nella sua spiegazione.

Nella seduta del consiglio di stato del 14 fruttidoro anno IX, il primo console essendosi doluto che la sezione di legislazione non si era occupata dello stato civile dei militari in campagna, Thibaudeau gli rispose che vi era stato provveduto con l'art. 47 (49) che dichiara validi gli atti fatti in paese straniero nelle forme che ivi sono in uso. « Il militare, » riprese il primo console, non è mai presso « lo straniero quando è sotto la bandiera: » *dove è la bandiera ivi è la Francia.* Abbiamo una legge sulle nascite, su i matrimoni e sulle morti nell'armata » (Fenet, t. VIII, p. 47).

In seguito di siffatta idea, che dapprima sembrò strana, ma che in prosieguo fu con entusiasmo accolta tanto al tribunato che al corpo legislativo, fu redatto il capitolo del quale cominciamo la spiegazione.

Primo punto ben costante dunque è che per le persone appartenenti all'armata (perchè non è questione che di questa) tutti i luoghi che la medesima successivamente occuperà rappresenteranno di diritto e giuridicamente la Francia; di guisa che in tali luoghi e per tali persone vi sarà assoluta competenza degli uffiziali francesi, incompetenza di quelli del paese.

Competenza assoluta da un canto, ed incompetenza dall'altro; dunque anche quegli atti che simultaneamente riguardassero un militare ed una persona straniera, potrebbero essere redatti dall'uffiziale francese, e non da quello del paese. Così, trattandosi per esempio di un'ambulanza francese, o un di ospedale, che l'armata abbia occupato in una città di cui si sia insignorita, il matrimonio

in *extremis*, che vuolsi ivi celebrare tra un militare moribondo ed una donna del paese, sarà valido qualora sia ricevuto dall'uffiziale francese; nullo, da quello del paese. È valido, ricevuto dall'uffiziale francese, perchè la donna straniera, venendo così nel paese *legale* del suo futuro sposo, *legalmente* entra in Francia. È nullo, ricevuto dall'uffiziale del paese, perchè i principi che l'onore nazionale come pure la forza stessa delle circostanze richiedono, e che il nostro codice in questo luogo consacra, non permettono che in quel luogo sia praticato un solo atto di autorità da' funzionari del paese riguardo alle persone appartenenti all'armata.

Riteniamo dunque per certa questa prima proposizione, cioè che ne' luoghi specialmente occupati dall'armata francese non può da un uffiziale del paese straniero essere relatto alcun atto riguardante lo stato civile delle persone dell'armata, sia esclusivamente, sia anche in parte, per esempio nel caso di matrimonio tra un militare ed una persona del paese.

Ma questa competenza dell'uffiziale straniero, che è nulla pel concorso delle due anzidette circostanze, lo sarebbe egualmente per una sola di esse? Per esempio, sarebbe incompetente l'uffiziale straniero pel solo motivo di dover ricevere l'atto in un luogo occupato dall'armata francese, anche quando tale atto fosse esclusivamente relativo ad una persona del paese? Sarebbe del pari incompetente pel solo motivo che l'atto riguardi una persona dell'armata, malgrado che si dovesse redigere in un luogo non occupato da tale armata? La prima questione bisogna risolverla con la negativa, e la seconda con una distinzione.

No, l'atto non sarebbe nullo, sebbene ricevuto, per esempio, in un ospizio sottoposto all'amministrazione dell'esercito, se riguardasse esclusivamente persone del paese; suppongasì che si trattasse di un ferito straniero che vi fosse stato ricevuto, e che al suo letto di morte dovesse contrarre matrimonio con una donna parimente del paese; o che, morto ivi il medesimo, se ne dovesse redigere l'atto di morte. L'uffiziale straniero sarebbe competente in tal caso, malgrado l'occupazione francese, completa ed intera per quanto si voglia; sarebbe competente, come lo è in Francia un agente diplomatico straniero pe' suoi connazionali, dappoichè certamente se l'occupazione fa cessare la competenza territoriale, non toglie però la competenza personale (V. la spiegazione dell'art. 48 [50]) (1).

(1) V. la nostra nota (2) pag. 140 circa la riforma portata dal nostro art. 50 all'art. 48 francese. (Nota del traduttore).

Intorno alla seconda quistione, quella cioè se l'uffiziale del paese possa ricevere l'atto riguardante un individuo dell'armata in un luogo dalla medesima non occupato, bisogna far la seguente distinzione: se l'atto riguarda esclusivamente il francese, è incompetente l'uffiziale locale; così se un militare muoia in un campo non è una semplice facoltà, ma obbligo che il suo atto di morte ivi sia redatto dall'uffiziale francese; nè potrebbe esserlo nel vicino villaggio dall'uffiziale del medesimo. Il francese trovandosi sotto la bandiera trovasi in Francia, e non può certamente lasciarla per recarsi a far redigere un atto di stato civile presso lo straniero; la legge per tali casi ha istituito uffiziali speciali, appunto perchè l'onore nazionale non permetterebbe che si dovessero all'uopo sollecitare i buoni uffizi di un funzionario del paese nemico, e dipendere dal medesimo. Ma se per contrario si trattasse di un atto riguardante contemporaneamente un francese ed uno straniero, per esempio, di un matrimonio fra una persona dell'esercito e una donna del paese, non vi sarebbe ostacolo veruno che un tal matrimonio potesse a scelta delle parti celebrarsi dall'uffiziale francese o dall'uffiziale del paese, e duriam fatica a comprendere come Merlin abbia potuto sostenere il contrario. Certo, Merlin ha ragione di proclamare che il francese sotto le bandiere si reputa trovarsi in Francia, e ci guarderemmo bene dal negare questo principio, o sconsocerne le conseguenze, come taluni autori han praticato; ma non può forse un francese uscir dalla Francia per contrarre matrimonio presso lo straniero? L'onore nazionale in tal caso non è più un ostacolo, come quando si tratta di un atto riguardante esclusivamente il francese; bisogna certo che una delle parti rinunzi al suo magistrato naturale per recarsi a contrarre matrimonio innanzi a quello dell'altra, e perchè dovrebbero ciò praticare da una di esse in preferenza dell'altra? Altra ragione non può addursene tranne la loro libera volontà. Merlin è di contraria opinione, perchè la nostra dottrina darebbe luogo a temere che il progetto di matrimonio del militare e il matrimonio medesimo non fosse abbastanza conosciuto in Francia, ed in tal modo riuscirebbe facile la bigamia. Ma questa obiezione ci pare completamente insignificante. In fatti le ordinarie pubblicazioni al domicilio reale in Francia, e quelle di venti giorni all'esercito, prescritte dall'art. 94 [99] (1), debbono egualmente aver luogo

nel caso in parola, poichè secondo l'art. 170 (2) il matrimonio contratto in paese straniero tra francesi e stranieri non è valido se non sia stato preceduto dalle pubblicazioni richieste dalla legge francese. La pubblicità dunque sarebbe *identicamente* la stessa, si nel caso del matrimonio contratto innanzi l'uffiziale del paese, come in quello celebrato dall'uffiziale dell'esercito.

Insomma, la mercè di un paragone che offre contemporaneamente ed il reassunto della nostra dottrina e la sua giustificazione, sosteniamo, allegando l'incontrastabile principio invocato da Merlin (per trarne però conseguenze logiche invece di quelle stranamente inesatte da questo giureconsulto dedotte), che il paese occupato da un esercito francese si reputa essere la stessa Francia per tutti coloro che al detto esercito appartengono; che eglino hanno ivi il loro domicilio, come se fossero in un comune francese, e l'uffiziale dello stato civile dell'esercito è il loro uffiziale naturale ed esclusivo; a questa ipotesi dunque bisogna applicare nè più nè meno quel che si è detto pel caso ordinario di francesi domiciliati in un comune del territorio della patria.

Or in Francia, 1° un uffiziale dello stato civile straniero non può mai ricevere un atto riguardante esclusivamente o in parte un francese; dunque, nel luogo occupato dall'esercito, l'uffiziale del paese non può mai redigere un tale atto; — 2° un uffiziale straniero accreditato in Francia vi può ricevere gli atti esclusivamente relativi alle persone del suo paese; dunque l'uffiziale del paese può ricevere gli atti degli abitanti del paese anche nel luogo sottoposto alla più completa occupazione di un esercito francese; — 3° ne' casi ordinari il francese non può abbandonare la Francia per recarsi a far redigere in paese straniero un atto che esclusivamente lo riguarda: per esempio, l'abitante di Strasburgo non potrebbe traversare il Reno per far constatare in un comune alemanno la morte di sua moglie o la nascita di un figlio, avvenuta a Strasburgo, e l'uffiziale alemanno sarebbe solo competente pe' fatti compiutisi sul suo territorio; colui dunque il quale fa parte dell'armata non può lasciare il luogo occupato dalla medesima per far redigere dall'uffiziale d'un sito vicino un atto interamente relativo ad una persona dell'esercito; non potrebbe rivolgersi a tale uffiziale se non per gli atti di persone attualmente non appartenenti all'esercito; — 4° al contrario quando l'atto ri-

(1) Si veggia sotto l'articolo citato la differenza che passa tra il testo francese e quello dell'articolo delle nostre leggi, indicato come corrispondente al medesimo (*Nota del traduttore*).

(2) Soppresso nelle nostre leggi (*Nota del traduttore*).

guardi simultaneamente un francese ed una persona straniera, come sarebbe il matrimonio, il francese, benchè domiciliato in Francia, può uscirne per far ricevere questo atto nel paese e dall'uffiziale dell'altra parte; dunque un francese sebbene appartenga all'esercito, può lasciare il luogo dal medesimo occupato per andare a contrar matrimonio innanzi all'uffiziale della persona che sposa.

III. — Ne rimane a fare sulla competenza degli uffiziali francesi e di quelli del paese, relativamente all'esercito, una osservazione senza della quale si potrebbero malamente applicare i principj ora da noi esposti. Siffatta osservazione ha per iscopo di far comprendere il vero senso nel quale in questa ipotesi bisogna intendere le espressioni: *1° luoghi occupati dall'esercito*; *2° persone appartenenti all'esercito*.

Ed in prima nel linguaggio abituale si dice che un luogo sia occupato da un esercito quando questo siavi stabilito, vi comandi, e ne sia padrone. Così, allorchè un esercito di quarantamila uomini è accampato fra tre o quattro villaggi, no'quali abbia posto una guarnigione, e che non possano avere nè i mezzi, nè il pensiero di resistergli, si può ben dire che alcuni di questi villaggi sono da quello occupati; così del pari, quando un esercito si stabilisce in una città, ed il soverchio numcro rifluisce nelle campagne dei dintorni, è ben chiaro che nell'ordinario linguaggio si dirà che quest'esercito occupa la città intera ed i circonvicini villaggi. Ma è questa forse la occupazione come dobbiamo qui intenderla? è questa l'occupazione pel cui effetto il punto occupato divenga la Francia, e si possa dire che in questa città e ne'villaggi circonvicini niun uffiziale del paese può celebrare il matrimonio di una persona dell'esercito con un'altra del paese? Certamente che no; tale occupazione, che produce effetti così rigorosi, non può per la natura stessa delle cose, nè ha dovuto nel pensiero del legislatore intendersi in una maniera così ampia, ed abbracciare tutti i punti in cui si trovino militari francesi. La natura delle cose, i fatti, il pensiero de' redattori del nostro capitolo, tutto ne accenna che in questo caso la città medesima non è esclusivamente occupata dall'esercito, e perciò non è esclusivamente francese; l'esercito, francese nello stabilirvisi non ha istituito nel municipio impiegati francesi incaricati di redigere tutti gli atti dello stato civile della città; gli impiegati del paese debbono continuare il loro mandato; dunque la città è ancora almanco, italiana o spagnuola. Supponiamo di essere a Roma: ebbene i Romani e in pari tempo italiana e francese; italiana per gli abitanti che continuano ad avere i loro uffiziali nazionali; francese per le

persone dell'esercito che hanno uffiziali propri. Per taluni punti soltanto vi ha rigoro ed esclusiva occupazione: per esempio il palazzo ov'è stabilito il quartier generale, l'ospedale che l'armata si è appropriato, ec. Ciascuno di questi luoghi è francese, intieramente francese, francese anche in rapporto agli abitanti del paese, e l'uffiziale italiano non potrebbe ivi recarsi a celebrare il matrimonio di un francese con una romana. Il resto della città non è francese che in quanto ai francesi, e se costoro non possono far redigere dall'uffiziale italiano gli atti che riguardano solo essi, possono benissimo recarsi a contrar matrimonio innanzi a lui con una donna, o italiana, o di tutt'altra nazione, poichè allora passano per così dire da Roma francese in Roma italiana. Notisi però che tal matrimonio, tra il francese e la donna straniera appartenente ad una nazione qualunque, potrebbe egualmente essere celebrato innanzi l'uffiziale dell'esercito. Nel primo caso il matrimonio si fa in Italia; nel secondo, si reputa fatto in Francia, ed in entrambi i casi vi ha per la persona che non si trova innanzi al suo uffiziale naturale competenza territoriale ed applicazione della regola *locus regit actum*.

Non farò dunque meraviglia questo stato ambiguo di una città: ben si scorge che è la conseguenza inevitabile delle straordinarie circostanze cui trovasi sottoposta.

Del rimanente i risultati ai quali siamo giunti con questa deduzione di principj sono conformi alla giurisprudenza de' tribunali. Molti arresti, precipuamente uno della corte di Parigi del 8 luglio 1820, ed uno della corte di cassazione del 23 luglio 1826, decidono che è valido il matrimonio contratto in un paese occupato dall'esercito, fra una persona che fa parte di esso ed una donna ivi domiciliata, innanzi all'uffiziale di quel medesimo paese; reciprocamente un arresto della corte suprema del 17 agosto 1815 ha giudicato che un uffiziale spagnuolo non aveva potuto regolarmente rilasciare l'atto di morte di un militare trapassato in Spagna in un ospedale sottoposto ad un uffiziale dell'esercito francese.

È chiaro che questi arresti non sono che l'applicazione della teorica che abbiamo presentata, e se, come avviene sovente, non fossero stati malamente motivati in dritto; se gli scrittori avessero fondato le loro decisioni, come noi abbiamo cercato di farlo, sulla analisi esatta d'incontrastabili principj, non avremmo veduto trarre argomenti dagli uni per criticare gli altri, pretendendoli contraddittori fra essi, non si sarebbe veduto un giureconsulto così celebre come Merlin far uso del più antico di tali arresti (quello che

dichiara irregolare l'atto di morte di un militare redatto da un ufficiale spagnolo), per sostenere il suo sì grave errore della nullità de' matrimoni contratti innanzi all'uffiziale del paese tra un francese ed una straniera. Era dunque per noi un dovere di esporre le dilucidazioni che ora abbiamo date, ed alle quali daremo termine esaminando quel che bisogna intendere per *persona appartenente all'esercito*.

Come si è già detto, le speciali regole del presente capitolo non riguardano i francesi che dimorano in paese straniero, ma unicamente quelli che fanno parte d'un esercito, sia come militari, sia ad ogni altro titolo.

Così, i francesi residenti o domiciliati in un paese straniero, in cui giunga un esercito francese, conservano la facoltà di far redigere i loro atti dello stato civile, secondo il dritto comune, dagli uffiziali del paese, in virtù della regola *locus regit actum*, giusta l'art. 47 (49).

Così ancora quelli che, entrati da prima sul territorio straniero come appartenenti all'esercito, sia in qualità di militari, sia come impiegati qualunque, cessassero in seguito di farne parte; per esempio, un fornitore di viveri che si ritirasse, un amministratore qualunque destituito da un ministro o da un altro superiore; domestici, vivandieri, che volontariamente abbandonassero il loro impiego o che ne fossero licenziati, tutti ritornerebbero del pari sotto l'impero del dritto comune. Coloro infine che in dritto appartenessero tuttora all'esercito, ma che in fatto non ne facessero attualmente parte; per esempio, quelli che fossero stati fatti prigionieri, o quelli che, dimenticati o lasciati per morti in un paese, siano di presente lungi dall'esercito: in una parola, tutti coloro che si trovano divisi da' loro corpi, restano egualmente sotto il dritto comune, poichè sino a tanto che essi non avranno raggiunto le bandiere, non si considerano più come membri di una potenza che comanda e che pratica atto di sovranità, ma sì bene come semplici particolari.

Siffatto punto circa la morte de' prigionieri di guerra è stato specialmente deciso da una istruzione ministeriale del 24 brumaio anno XII. Ivi è detto nell'art. 2 sotto la rubrica *Istruzioni generali*: « In quanto ai militari che morissero prigionieri di guerra, gli atti saranno redatti nelle forme in uso nel paese ove essi per avventura morissero. E siccome si trovano allora lungi dalle loro bandiere ai medesimi sotto ogni riguardo è applicabile l'art. 47 (49). » E chiaro che il principio che abbiamo stabilito, e che è ricordato in questa istruzione, richiede che si applichi siffatta decisione a ben al-

tri casi che quello preveduto dal menzionato articolo della istruzione ministeriale.

IV. — Sebbene il nostro articolo, non che la rubrica del nostro capitolo, non parlino che de' militari *fuori della repubblica*, pure non è dubbio che le eccezioni in esso consacrate non debbano egualmente applicarsi ai militari, i quali, comunque in Francia, nullameno sarebbero nella impossibilità di comunicare con le autorità civili, se per effetto di un'invasione straniera o di una rivoluzione, fossero assediati in una cittadella, circondati da truppe nemiche, ec. Difatti in tal caso esiste la ragione che ha fatto stabilire queste eccezioni; e d'altronde la pruova che tale sia pure lo spirito del legislatore rinviensi nell'art. 10 della legge del 13 gennaio 1817, il quale dice: « Faranno pruova in giudizio i registri » tenuti in conformità degli art. 88 e seguenti del codice civile, abbenchè i militari » siano morti sul territorio francese, se e » storo facevano parte di corpi o distacca- » menti di un esercito attivo, o della guar- » nigione di una città assediata. »

Ma diversamente avviene per quei militari che, sebbene in attività di servizio, si trovino in Francia in qualunque ordinario avvenimento: eglino allora debbono seguire le regole additate ne' precedenti capitoli; il che è stato deciso da un parere del consiglio di stato del 4° giorno complementare anno XIII.

§ 94. — Il quartiermastro in ciascun corpo di uno o più battaglioni o squadroni, ed il capitano comandante negli altri corpi, faranno le funzioni di uffiziale dello stato civile: queste stesse funzioni si eseguiranno riguardo agli uffiziali senza truppa ed agli impiegati dell'armata, dal commissario di guerra addetto all'armata o al corpo di armata.

I. — I commissari di guerra (*inspecteurs aux revues*) da molto tempo sono stati rimpiazzati dall'intendenti e sotto-intendenti militari (ordinanza del 29 luglio 1817), i quali tengono ora i registri dello stato civile per tutte le persone dell'armata che non appartengono ad un corpo.

Quanto agli uffiziali e soldati che fanno parte d'un corpo, i registri sono tenuti dal quartiermastro in ciascuno squadrone o battaglione; ma un arresto del 1° vendemmiale anno XII aveva trasferito ai maggiori questa funzione dei quartiermastri, la quale poi fu di nuovo restituita ai primi dal decreto del 25 germinale anno XIII. Nei piccoli corpi, minori di un battaglione o squadrone, siccome non hanno quartiermastro, secondo il nostro articolo il capitano dell'unica compagnia o quel capitano incaricato di comandare il di-

staccamento, dovrebbe adempiere le funzioni di ufficiale dello stato civile; ma nel fatto, e secondo un'istruzione ministeriale degli 8 marzo 1823, tal funzione compiesi dall'uffiziale incaricato delle attribuzioni analoghe a quello del quartiermastro, cioè dal tesoriere od ufficiale pagatore del corpo. Questa modificazione ha il duplice vantaggio di affidare il registro ad un ufficiale di amministrazione e non ad un capo puramente militare, ed inoltre di togliere l'inconveniente che indicheremo sotto l'art. 91 [96].

90 [95]. — Si terrà in ciascun corpo dell'armata un registro per gli atti dello stato civile relativi agli individui del corpo, ed un altro nello stato maggiore dell'armata o di un corpo di armata, per gli atti civili relativi agli ufficiali senza truppe ed agli impiegati. Questi registri saranno conservati nello stesso modo che gli altri registri dei corpi e stati maggiori, e saranno depositati negli archivi della guerra al ritorno dei corpi o delle armate nel territorio della repubblica.

91 [96]. — I registri saranno numerati e cifrati, presso ciascun corpo, dall'uffiziale che lo comanda, e presso lo stato maggiore, dal capo dello stato maggiore generale.

I. — Ravvicinando questo articolo all'articolo 89 [94], si ha un caso in cui si avvera un risultamento assai bizzarro, e che senza dubbio il legislatore non ha preveduto. Infatti nei distaccamenti composti soltanto di una o più compagnie, e che non arrivano a formare un battaglione o squadrone, secondo l'articolo 89 [94] il capitano incaricato del comando deve tenere i registri; or giusta il nostro articolo del pari costui dee numerarli e cifrarli, di guisa che in questo caso lo stesso ufficiale sarebbe pure incaricato di controllarli. L'istruzione ministeriale però del 1823 ha fatto scomparire siffatto inconveniente.

92 [97]. — Le dichiarazioni di nascita all'armata saranno fatte ne' dieci giorni successivi al parto.

(1) Il nostro articolo 90 ha modificato la disposizione dell'articolo francese nei termini seguenti: « Per matrimoni de' militari e degli impiegati al seguito dell'armata sarà eseguito l'articolo 68 nel luogo del loro ultimo domicilio; ed inoltre ne sarà fatta menzione nell'ordine del giorno del corpo, se si tratti d'individui addetti ad un corpo, e nell'ordine del giorno dell'armata, se si tratti di ufficiali senza truppe, o d'impiegati che ne fan parte. » — In quanto all'articolo 68 delle leggi civili cui il detto art. 99 si riferisce, veggasi ciò che si è detto sotto gli art. 63, 64 e 65 del codice fran-

1. — Facilmente si comprende che gl'imbarazzi della guerra e le molteplici cure degli ufficiali incaricati di ricevere le dichiarazioni hanno fatto accordare un termine più lungo di quello che pe' casi ordinari è stato concesso; così il nostro articolo accorda dieci giorni, mentre, secondo l'art. 55 [57], la dichiarazione di nascita dev'essere ordinariamente fatta fra tre giorni.

93 [98]. — L'uffiziale incaricato del registro dello stato civile dovrà, entro dieci giorni dopo la iscrizione di un atto di nascita, trasmetterne un estratto all'uffiziale dello stato civile dell'ultimo domicilio del padre del fanciullo, o della madre, se il padre non è conosciuto.

94 [99]. — Le pubblicazioni del matrimonio dei militari, e degli impiegati al seguito delle armate, saranno fatte nel luogo del loro ultimo domicilio: ed in oltre ne sarà fatta menzione nell'ordine del giorno del corpo, per gl'individui addetti a un corpo, venticinque giorni prima della celebrazione del matrimonio; e nell'ordine del giorno dell'armata o del corpo d'armata, se si tratti di ufficiali senza truppe, e d'impiegati che ne fan parte (1).

I. — La legge nel caso presente è più rigorosa che ne' casi ordinari, perchè secondo gli art. 63 e 64 (2) il matrimonio può essere celebrato l'undecimo giorno dopo la prima pubblicazione, e giusta il nostro articolo oltre le pubblicazioni ordinarie all'ultimo domicilio, debbono eziandio farsi quelle nell'ordine del giorno durante venticinque giorni.

Era uopo, per impedire il delitto di bigamia, usare maggior rigore rispetto ai militari, dando ai loro matrimoni la più grande pubblicità.

95 [100]. — Immediatamente dopo l'iscrizione dell'atto di celebrazione del matrimonio, l'uffiziale incaricato del registro ne spedisce copia all'uffiziale dello stato civile dell'ultimo domicilio degli sposi (5).

esse ai quali corrisponde lo stesso art. 68, con le riforme rispettivamente additate. (Nota del traduttore).

(2) Veggasi quanto si è detto nella nota precedente intorno alla differenza tra gli articoli citati dall'autore e quelli delle nostre leggi. (Nota del traduttore).

(3) Il nostro articolo ha modificato l'eterna disposizione dell'articolo francese; — « Immediatamente dopo che sarà celebrato il matrimonio innanzi la Chiesa e ne sarà fatto notamento nel registro, l'uffiziale incaricato ne spedisce copia all'uffiziale

I. — Gli art. 93 e 96 [98 e 99] accordano il termine di dieci giorni per trasmettere l'estratto di nascita e di morte, mentre il nostro articolo prescrive di *spedirsi immediatamente* dopo la iscrizione l'estratto dell'atto di matrimonio. Cotal differenza deriva dalla più grande importanza dell'atto, il quale dev'essere immediatamente sottratto agli eventi della guerra, sempre per tema della bigamia.

96 [101]. — Gli atti di morte saranno stesi presso di ciascheduno corpo dal quartiermastro e, per riguardo agli uffiziali senza truppa ed agl'impiegati, dal commissario di guerra dell'armata, sulla deposizione di tre testimoni; e l'estratto di questi registri sarà trasmesso entro dieci giorni all'uffiziale dello stato civile dell'ultimo domicilio del defunto.

I. — Bisogna completare la prima disposizione del nostro articolo, la quale del resto non fa che ripetere ciò che avea già detto l'art. 89 [94], con la disposizione analoga di questo medesimo articolo, e dire che ne' corpi al di sotto di un battaglione gli atti di morte, come quelli di nascita e di matrimonio, dovranno essere redatti dal tesoriere o uffiziale pagatore.

Il nostro articolo prescrive un testimone di più che ne' casi ordinari; poichè l'art. 78 (83) non ne richiede che due. Tre testimoni non son molti in tempo di guerra, in cui sovente può avvenire che sia creduto morto un individuo che abbia semplicemente ricevuto una ferita di che forse guarirà.

97 [102]. — In caso di morte negli spedali militari, ambulantì o sedentari, l'atto sarà steso dal direttore de' detti spedali e trasmesso al quartiermastro del corpo, o commissario di guerra dell'armata o corpo di armata, di cui il defunto era parte. Questi uffiziali ne trasmetteranno una copia all'uffiziale dello stato civile dell'ultimo domicilio del defunto (1).

I. — Devesi aggiungere ancora tra le disposizioni di quest'articolo: *o all'uffiziale pagatore ne' corpi al di sotto di un battaglione o squadrone.*

È chiaro che, quanto alle morti accadute negli ospedali, i direttori di questi stabilimenti esercitano le funzioni di uffiziali dello stato civile, e non più i quartiermasti e intendenti militari. Del rimanente non è l'atto

che sarà trasmesso agli uffiziali pagatori o agl'intendenti, come l'articolo inesattamente dice, ma una copia. L'atto si stenderà sopra un registro; imperocchè gli atti dello stato civile non debbono mai redigersi su fogli volanti.

Secondo l'istruzione del ministro della guerra degli 8 marzo 1823 una doppia spedizione di questi registri dev'essere diretta in ogni mese all'intendente militare che le trasmette al ministro.

98 [105]. — L'uffiziale dello stato civile del domicilio delle parti, al quale sarà stata spedita dall'armata copia di un atto dello stato civile, sarà tenuto ad inserirla immediatamente nei registri.

OSSERVAZIONE.

Prima di lasciare questo capitolo dobbiamo qui rilevare un errore, tanto più attento, perchè è stato ufficialmente proclamato.

La menzionata istruzione ministeriale degli 8 marzo 1823 dichiara che nell'armata i riconoscimenti di figli naturali non possono essere ricevuti se non nell'atto di nascita del fanciullo, o in quello di matrimonio del padre e della madre. Niente di più fallace. Gli uffiziali dello stato civile dell'armata hanno gli stessi dritti ed i medesimi doveri degli uffiziali ordinari, tranne rispetto a ciò che è formalmente modificato dal nostro capitolo. Or, per l'uffiziale dello stato civile è un dritto ed un dovere, anzi un dovere sacro, di ricevere i riconoscimenti di figli in qualunque tempo siano fatti, e si in atti espressi e separati, come in quelli di nascita o di matrimonio. E perchè dunque sarebbe proibito, per esempio, ad un militare sul punto di morte di compiere un dovere di coscienza, dando il suo nome al figlio naturale che ha lasciato con la madre in Francia? In tutti i casi, ed anche quando si opponesse che questa proibizione sarebbe utilissima e moralissima, è sempre vero che essa non esiste nella legge, che per consequenza l'istruzione ministeriale, che la stabilisce, è una flagrante violazione di questa legge, o che gli uffiziali dello stato civile si renderebbero colpevoli obbedendo a tali prescrizioni.

Sarebbe lo stesso se ciò fosse stato regolato da un'ordinanza del presidente della repubblica, la quale non è obbligatoria, se non quando sia resa in conformità della legge, come si è veduto sotto l'art. 1, n. IV.

dello stato civile dell'ultimo domicilio degli sposi. (Nota del traduttore).

(1) Il nostro articolo lueve del quartiermastro

del corpo, di cui parla l'articolo francese, fa menzione del commissario ordinatore del corpo. (Nota del traduttore).

Demelombe (1, 344 C.) è del nostro avviso e dichiara contraria alla legge questa disposizione della istruzione ministeriale.

CAPITOLO VI.

DELLA RETTIFICAZIONE DEGLI ATTI DELLO STATO CIVILE.

99 [104]. — Domandandosi la rettificazione di un atto dello stato civile, vi si provvederà dal tribunale competente, previo le conclusioni del procuratore della repubblica; e salva l'appellazione. Le parti interessate saranno chiamate, se vi sarà luogo.

SOMMARIO.

- I. Perché non può essere fatto verso cambiamento ad un atto dello stato civile, se non in virtù di una sentenza?
- II. Il ministero pubblico deve intervenire. Perché. — Ma non può egli al suo richiederlo, eccetto in due casi.
- III. Il tribunale competente per ordinare la rettificazione è quello nella cui giurisdizione stanno i registri. Tal materia è regolata dal codice di procedura. — Errore di Merlin. — Anche quando la domanda è incidente, è sempre competente il tribunale del luogo. Disporre con la generalità degli autori, propriamente con Bourat. — Quando la rettificazione fa parte d'un giudizio principale, si fatto giudice segue le regole ordinarie di competenza.
- IV. Quando si tratta di matrimonio, le omissioni di uno dei cognomi, e l'irregolare ortografia del nome nell'atto di nascita di uno degli sposi, e nell'atto di morte de' suoi ascendenti, non rende indispensabile uno regolare rettificazione. Vi si supplisce con altri mezzi, ma per altri casi di matrimonio.
- V. Le sentenze di rettificazione sono sempre suscettive di appello. Rinvio all'art. 84 (86).

I. — Redattosi un atto dello stato civile, esso appartiene alla intera società, e non più alle sole parti che l'hanno fatto stendere, le quali non possono più modificarlo a loro piacimento. Aleun cambiamento dunque non vi può esser fatto che con pubblica conoscenza di causa ed in virtù di sentenza.

II. — Gli individui, ai quali è relativo un atto, essendo i soli interessati che il tale o tal altro cambiamento vi sia fatto, per massima essi soltanto hanno anche il dritto di richiedere questo cambiamento, ed di provocare la sentenza che deve pronunziarlo; ma la società essendo interessata che il cambiamento abbia luogo sol quando vi sia una legittima causa, il procuratore della repubblica, mandatario di questa società, dovrà dunque esservi chiamato a dare le sue conclusioni. A noi sembra però, che per regola egli non possa da sè stesso chiedere d'ufficio la rettificazione; in fatti il nostro articolo semplicemente dice che darà le sue conclusioni.

Tuttavia questo principio soffre eccezione in due casi:

1°. Se la rettificazione a farsi è relativa all'ordine pubblico: imperocchè per massima il ministero pubblico può agire ogni qual-

volta lo richiede l'interesse della società. Così, il procuratore della repubblica potrebbe agire d'ufficio per far sopprimere in un atto una enunciazione che la legge inibisce di farvi, a mo' di esempio, che il tale fanciullo abbia per madre Maria, moglie di Pietro, e per padre Paolo; il che d'altronde è stato deciso da un parere del consiglio di stato del 12 brumajo anno XI.

2°. Allorchè si tratta della rettificazione di atti relativi ad un individuo che non possa da sè stesso agire per la sua indigenza. Questo caso è preveduto da una decisione ministeriale del 6 brumajo anno XI.

Del rimanente considerando la cosa da un altro lato si potrebbe dire che in ambo le ipotesi non vi è realmente eccezione al mentovato principio, e che il ministero pubblico vi agisce come parte principale. In effetti la società, di cui egli è mandatario e rappresentante, è direttamente interessata alla conservazione dello stato civile degli indigenti ed alla soppressione di ciò che è contrario alla pubblica morale.

III. — Il nostro articolo ci prescrive che la domanda di rettificazione deve farsi al *tribunale competente*; ma non dice qual tribunale sarà competente in questo caso. Intorno a ciò il codice di procedura ci offre le norme nel titolo 5 del libro I, seconda parte, art. 839 a 858 [II. di proc. ne' giud. civ., art. 922 a 936].

Uno degli articoli di questo titolo, l'art. 835 [933] indica, non già esplicitamente ed in termini precisi, ma pure d'una maniera perfettamente intelligibile, che il tribunale competente è quello ove sono siti i registri; e Merlin, la cui opinione è stata poi riprodotta da molti autori, ha secondo noi commesso un errore, dicendo che solamente la ragione ha fatto ammettere tale regola in mancanza di ogni legge (Repert., v. *Emigrazione*). Basta gittare uno sguardo sul complesso di quel titolo 5, per rimaner convinti che questa asserzione è ben poco esatta.

In effetti questo titolo, che si occupa dei mezzi per ottenere copia di un atto, o per farli riformare, comincia col dirci, art. 839 [922], che il depositario, il quale rifiuterà di rilasciare copia di un atto, vi sarà condannato con assegnazione a breve termine accordata dal presidente del tribunale di prima istanza. E di qual tribunale di prima istanza? La legge no' l'ha detto espressamente, è vero; ma è chiaro, è evidente, che sia quello della residenza del depositario; il redattore non l'ha detto, perchè la cosa è chiara per sè, perchè era impossibile di pensare ad un altro tribunale, perchè sarebbe stato quasi inutile esprimerlo in termini formali.

Il titolo prosegue dicendo che la parte che voglia ottenere copia di un atto non registrato o rimasto imperfetto, deve presentarne domanda al presidente del tribunale di prima istanza (art. 841 [924]); e che in caso di rifiuto del depositario se ne farà rapporto al tribunale di prima istanza (art. 843 [926]); e, dopo di avere più volte ripetuto ancora le stesse espressioni, nell'art. 855 [933] passa a dire che colui il quale vorrà fare ordinare la rettificazione di un atto dello stato civile ne presenterà domanda al presidente del tribunale di prima istanza.

Evidentemente l'articolo intende parlare del tribunale di prima istanza del luogo ove son siti i registri. Il dubbio non ci sembra neanche possibile sopra di ciò, e teniamo per incontestabile, chechè ne abbia detto Merfin, che se la ragione richiede la regola, che ora abbiamo indicata, la legge non meno la richiede.

Chechè ne sia, questa regola è da tutti gli autori proclamata. Ma tutti non le danno la stessa estensione; gli uni pretendono che sia soggetta a molte eccezioni, gli altri non ne ammettono che una sola. Noi crediamo che non debba averne nessuna.

Generalmente s'insegna che la domanda per rettificazione debba essere presentata al tribunale del luogo ove son siti i registri, sol quando sia principale, cioè quando non si connetta ad una lite già esistente; ma se è incidente, cioè formata nel corso ed in occasione di una lite già pendente innanzi ad un altro tribunale, quest'ultimo debba giudicarla.

Duranton stabilisce questa decisione sul perchè il codice di procedura, dopo di aver detto nell'art. 855 [933], come si è osservato, che l'istanza per rettificazione debba formarsi per via di domanda al presidente del tribunale di prima istanza, nell'art. 856 [934] aggiunge che sarà formata con atto di patrocinatore, se le parti siano in giudizio; ora una domanda non può formarsi per atto di patrocinatore che dinanzi al tribunale presso di cui litigano le parti.

Sicchè Duranton intende questo art. 856 [934] nel senso appunto che ogni volta che le parti siano in causa innanzi ad un tribunale qualunque, la rettificazione dovrà domandarsi con atto di patrocinatore. Ma tale non ne è, a parer nostro, il significato; l'articolo vuol dire che la domanda dovrà esser fatta con atto di patrocinatore quando le parti siano in causa innanzi al tribunale del luogo. Di fatti in questi due art. 855 e 856 [933 e 934] il legislatore non si propone dirci esplicitamente qual tribunale dovrà pronunziare sulla rettificazione; non risolve che virtualmente questo primo punto, e lo suppone per sè stesso.

Marcadé T. I.

so intelligibile; nè vuole espressamente indicare altro che la forma da seguirsi, forma che varia secondo i casi, ma che nel senso de' due articoli dov'essere messa innanzi ad un tribunale che non varia ed è sempre lo stesso, cioè il tribunale del luogo. Che si leggano quei due articoli e se ne avrà la prova. Secondo l'art. 855 [933] colui che voglia far seguire la rettificazione deve presentarne domanda al presidente del tribunale. Ed il qual tribunale? Evidentemente, ed ognuno è in ciò di accordo, è quello del luogo. Mettiam da parte questo primo punto e seguiamo: sarà deliberato sul rapporto, dice l'art. 856 [934]: i giudici, se lo stimano opportuno, ordineranno che le parti interessate siano citate. Qual è il tribunale innanzi al quale si farà il rapporto di cui si tratta? Senza dubbio sempre quello del luogo. Se vi ha luogo a citare le parti interessate, la domanda sarà formata per via di citazione. . . . Certamente sempre innanzi allo stesso tribunale. La domanda sarà fatta per atto di patrocinatore, se le parti siano di già in giudizio. In giudizio, ma dove? Sempre innanzi allo stesso tribunale, di cui parlano tutti gli articoli precedenti del titolo.

Dunque l'argomento di Duranton svanisce e non si saprebbe dare alcuna solida ragione di tal preteso cambiamento di competenza nel caso di domanda incidente. Ed infatti, se è stato ragionevole, naturale, e quasi ho detto indispensabile, di attribuire al tribunale ove sono siti i registri una speciale competenza per la loro rettificazione (perchè ad esso tribunale è affidata l'alta sorveglianza di questi registri, perchè dallo stesso dipendono gli uffiziali incaricati di redigere e conservare gli atti, ed ai quali si dirigerà l'ordine di rettificazione, perchè il procuratore della repubblica di questo tribunale dovrà presedere alla rettificazione allorchè si effettuerà, perchè infine il tribunale per giudicare potrà aver bisogno di farsi presentare gli stessi registri, e, come abbiamo veduto sotto l'art. 45 [47], è del più alto interesse di non far che questi registri siano trasportati da un estremo all'altro della Francia), nel caso di una domanda incidente, non sono queste ragioni identicamente le medesime che nel caso di una domanda principale?

Così, secondo noi, il tribunale del luogo de' registri è il solo ed esclusivamente competente per conoscere delle domande di rettificazione; ma, beninteso, perchè questa competenza esista, è mestieri che veramente ed unicamente si tratti di domanda per rettificazione e non di reclamazione di stato. Una procedura di rettificazione diatto ed una istanza per una quistione di stato non sono cose identiche. Senza dubbio possono ambedue

presentarsi insieme; ma pure ciascuna di esse può aver luogo senza dell'altra. Per esempio, io posso far rettificare il mio atto di nascita, per esserne i nomi malamente scritti o i cognomi scambiati, sebbene alcuno non pensi ad impugnare il mio stato, che è chiaramente e solidamente stabilito; viceversa, io posso intentare un'azione per reclamazione di stato, senza che vi sia luogo ad alcuna rettificazione. Così quando io pretendo che il tale atto di nascita, che in tutto e per tutto riconosco regolare, non si appartiene a colui al quale finora si è attribuito, ma a me appartiene, io intendo un'azione per reclamazione di stato, ed è chiaro che non vi è luogo ad alcuna rettificazione di atto. D'altronde havvi questa differenza ben manifesta, cioè che la reclamazione di stato costituisce un *giudizio* e dà luogo a ciò che si chiama un'azione, mentre la domanda per rettificazione, sola e per sé stessa, suppone mancanza di contraddizione, di lite, di azione.

Una rettificazione può adunque essere o direttamente chiesta e senza lite, ed allora il tribunale del luogo de' registri dovrà soltanto occuparsene; o pure può offrirsi come conseguenza di una reclamazione di stato, ed anche il tribunale del luogo dovrà sempre in tal caso ordinarla; ma non potrà farlo se non dopo che il giudizio sullo stato sarà terminato e la reclamazione ammessa dal tribunale competente. Ed in tal caso, come per ogni azione personale, il tribunale competente è quello del domicilio del convenuto.

Del rimanente, appartenendo non al codice civile, ma a quello di procedura, le dilucidazioni a cui potrebbe questa materia dar luogo, noi qui ci asterremo dal trattarne.

IV. — Secondo un parere del consiglio di stato del 30 marzo 1808, allorchè si tratta soltanto di un nome malamente scritto nell'atto di nascita di un fanciullo, o della soppressione di uno de' diversi cognomi del padre o della madre, basterà, quando il medesimo dovrà contrar matrimonio, che il padre, la madre o gli avi, il cui consenso per tale atto è richiesto, attestino l'identità. Se gli ascendenti sono morti, l'identità sarà validamente attestata dal consiglio di famiglia pe' minori, e da' quattro testimoni dell'atto di matrimonio pe' maggiori.

Se nell'atto di morte del padre, della madre o degli avi si trovi l'omissione di una lettera o di un cognome, basterà la dichiarazione giurata delle parti maggiori e de' testimoni, o, se si tratti di minori, quella delle persone il cui consenso è necessario al matrimonio.

Non sarà dunque necessario in questo caso di domandare la rettifica, ma eziandio non sarà fatta modificazione alcuna a' registri del-

lo stato civile, su' quali un cangiamento, per leggiero che sia, non può mai eseguirsi che in virtù di una sentenza. Solamente per la celebrazione del matrimonio i modi qui indicati sostituiscono la sentenza di rettifica, la quale è sempre necessaria per qualunque altra circostanza.

V. — Secondo il nostro articolo la sentenza che statuisce su di una domanda per rettificazione sarà sempre renduta *salva l'appellazione*. E chiaro che siffatta disposizione non è altro che un'applicazione del principio generale stabilito dall'art. 54 [56], il quale dichiara che si potrà sempre produrre appello dalle sentenze del tribunale di prima istanza relative agli atti dello stato civile.

100 [103]. La sentenza di rettificazione non potrà mai essere opposta alle parti interessate le quali non l'avessero domandata, o che non fossero state citate.

SOMMARIO

- I. Quando la persona interessata non sia stata chiamata alla rettificazione non possono impugnare la sentenza che con appell'o o ricorso fa cassazione.
- II. Allorchè uno non vi sia stato chiamato possono impugnare con opposizione di fatto, ed anche provocare un giudizio contrario non ne hanno ordinaria.
- III. Quando la persona non chiamata faccia così annullare la sentenza, o se ottenga non ottenere, la sentenza contro i suoi effetti per coloro che sono intervenuti alla sua pronunzia.
- IV. Si può essere stato parte nel giudizio senza esservi di rettamente interessato.

I. — Allorchè è formata una domanda per rettificazione, può avvenire che non vi esista alcuna persona interessata a contraddire le pretensioni di colui, che la forma; per esempio, se la mia domanda ha per iscopo di farmi riconoscere qual figlio legittimo di Pietro e di Maria, i quali entrambi sono morti, senza lasciare beni, nè parenti, è chiaro che niuno ha interesse di contrastarmi la qualità che io pretendo di appartenermi, e che il solo contraddittore, che potrei avere, sarebbe il procuratore della repubblica, sulle conclusioni del quale pronunzia il tribunale.

Ma può anche avvenire, e ciò più spesso avverrà, che uno o più individui abbiano interesse a contrastare la mia pretensione; se, a mo' d'esempio, vi siano figli o altri parenti di coloro, di cui io stesso mi dico figlio, essi certamente sono interessati che lo non sia dichiarato membro di una famiglia alla quale sostengono che io non appartenga.

In quest'ultimo caso, cioè quando esistano parti interessate a contrastare la pretensione del reclamante, e che costui non le avrà chiamate in causa, rimane a vedere al tribunale, in conformità dell'art. 856 [934] del codice di procedura, se stimi necessario di chiamarle per ottenere maggiori chiarimenti sulla lite.

Se il tribunale stimi che vi sia luogo a chiamarla, la sentenza sarà renduta in contraddizione con esso, e le medesime non avranno per impugnarla che le ordinarie vie dell'appello e del ricorso in cassazione.

II. — Ma sarà diversamente quando queste parti non saranno state chiamate; allora la sentenza, giusta il nostro articolo, ad esse non potrà essere opposta, e potranno o impugnarla con opposizione di terzo, o intentare un'azione ordinaria per ottenere una sentenza contraria alla prima. Di fatti è questo il caso di fare l'opposizione di terzo, di cui si è discusso nell'art. 5 [3], n. III. Perchè, a mo' d'esempio, la sentenza avendo per effetto di attribuire ad un individuo la qualità di membro della tale famiglia, egli, nel tempo dell'apertura della successione di un membro della famiglia medesima, in esecuzione del suo giudicato verrà a prendere una parte di questa successione. La sentenza è dunque di natura da nuocere per la sua esecuzione a quei membri di questa famiglia che non siano stati chiamati, epperò pe' medesimi vi ha luogo a prodarne opposizione di terzo.

Ma se essi lo possono fare, non vi sono però obbligati. L'opposizione di terzo in effetti, come di sopra già dicemmo sotto lo stesso articolo, 5 [3], è sempre facoltativa, e coloro che possono formarla possono anche agire con azione ordinaria per chiedere una diversa decisione.

Vi è anche un caso in cui le parti non chiamate, non solo potranno, ma anzi dovranno necessariamente agire con azione principale, ordinaria e indipendente dalla prima sentenza; cioè quando vogliano non solo respingere la conseguenza di questa sentenza, ma ottenere una rettifica in senso contrario. Così Pietro era iscritto nel suo atto di nascita come figlio naturale di Luigi; ma egli ha fatto giudicare contro Paolo, figlio legittimo di questo stesso Luigi, non esser figlio naturale, ma figlio legittimo. Carlo, altro figlio legittimo di Luigi, che era assente nel tempo del giudizio, e che non vi è stato chiamato, vuole far giudicare che Pietro non solo non sia figlio legittimo di Luigi, ma nemmeno naturale, e che gli sia totalmente estraneo. È chiaro che allora egli, invece dell'opposizione di terzo, deve intentare un'azione diretta. Infatti si comprende che la opposizione di terzo, avendo unicamente lo scopo di far dichiarare non avvenuta la prima sentenza in faccia a colui che questa via intraprende, avrebbe soltanto per effetto di rimettere le cose, in quanto a lui, nello stato primiero, il che non basterebbe per soddisfare le pretese di Carlo.

III. — Se la parte interessata, non chiamata

nel primo giudizio, facesse trionfare le sue pretese ed ottenesse sia con opposizione di terzo l'annullamento riguardo a sè stessa della prima rettifica, sia con azione diretta una rettifica in senso contrario, il primo giudicato non sarebbe per ciò assolutamente annullato; esso conserverebbe tutti i suoi effetti contro coloro che vi sono intervenuti, imperciocchè per questi vi ha *res judicata*, e *res judicata pro veritate habetur*. Da ciò ne segue che colui che aveva ottenuta la prima sentenza potrebbe dirsi figlio di Luigi e di Maria in rapporto a Paolo, uno de' figli di costoro, mentre sarebbe perfettamente estraneo in faccia a Carlo, che intanto è fratello di Paolo. Potrebbe dunque avvenire che a motivo delle due diverse sentenze, le quali ambo *pro veritate habentur*, si trovasse in pari tempo di appartenere e non appartenere alla tale famiglia, secondo che si trattasse de' suoi rapporti col tale o tal altro membro della medesima famiglia, di cui l'uno fosse stato parte nella prima sentenza, mentre l'altro non vi era stato chiamato, e l'aveva in seguito fatta dichiarare non avvenuta in faccia a lui, o ne aveva ottenuta un'altra contraria.

Per istrano che possa sembrare siffatto risultamento, non è intanto che la conseguenza ben semplice della natura che sotto l'articolo 5 [3] abbiamo attribuito al giudicato, il quale ha per carattere la specialità, e non ha forza che per le parti in causa, di guisa che allato della massima *res judicata pro veritate habetur*, è mestieri mettere sempre quest'altra: *Res inter alios judicata aliis non nocet nec prodest*.

IV. — Ma bisogna bene osservare che per poter invocare la massima *res inter alios judicata*, e fare opposizione di terzo alla sentenza proferita, bisogna essere stato veramente estraneo al giudizio, come dicemmo sotto il cennato art. 5 [3], e non avervi figurato nè personalmente, nè per mezzo di alcun rappresentante.

Così, Pietro domanda la rettifica del suo atto di nascita, nel quale è iscritto come nato da padre e da madre ignoti, mentrèchè egli si pretende figlio legittimo di Giovanni e di Maria, tuttora viventi. Coloro che egli sostiene di essere suo padre e sua madre, sono chiamati in causa, e la lite s'impegna in contraddizione de' medesimi; la questione è decisa in favore del figlio, ed è ordinata la rettifica. Indi nel tempo dell'apertura della successione del padre, della madre o di qualunque altro parente, gli altri figli di Pietro e di Maria, o altri membri della famiglia, dopo la morte di costoro, vogliono allontanare Pietro da questa successione, dicendo che essi non han fatto parte del giudizio che l'ha dichiarato

figlio di Giovanni e di Maria, e che questo giudicato è per essi *res inter alios judicata*... Le loro pretese non potrebbero affatto ammettersi.

Il padre e la madre infatti erano i maggiori interessati perchè non si dichiarasse esser loro figlio colui che sostenevano non esserlo; il loro interesse era tale che in certo modo riassumeva quello dell'intera famiglia, ed essi soltanto d'altronde potevano più efficacemente combattere le pretese elevate dal figlio; essi dunque nella lite sono stati i rappresentanti naturali di tutti i membri della famiglia, e costoro per conseguenza non possono dirsi terzi in rapporto alla profferita sentenza.

Diversamente avverrebbe però se quelli che vengono a contrastare in Pietro la qualità che gli è stata attribuita dalla sentenza, adducessero che Giovanni e Maria, suoi sedicenti genitori, abbiano agito con frode in talo contesa, e s'iansi lasciati condannare a ragion veduta e di accordo con Pietro, affin di assicurargli una porzione de' loro beni e d'altrimenti spogliare quelli che attualmente reclamano. Costoro dovrebbero necessariamente ammettersi a fare tal prova, e, se potessero somministrarla, per verità dovrebbe dirsi che non siano stati validamente rappresentati nel giudizio da' loro autori, o che in quanto a questa sentenza non debbano reputarsi che come terzi.

101 [106]. — Le sentenze di rettificazione saranno iscritte ne' registri dall'uffiziale dello stato civile subito che gli saranno state rimesse; e ne sarà fatta annotazione nel margine dell'atto riformato.

I. — Un atto dello stato civile non deve mai essere soppresso; e però, senza toccare l'atto la cui rettifica è ordinata, sarà sufficiente d'inscrivere su' registri la sentenza, e di farne menzione in margine dell'atto. Del rimanente è chiaro che il nostro articolo dev'esser completato con la disposizione dell'art. 49 [51], giusta il quale, se l'atto a rettificarsi non si rinviene sui registri dell'anno, ed in conseguenza il duplicato sia depositato nella cancelleria del tribunale, dal cancelliere ne sarà fatta la menzione in margine di questo duplicato.

Prima del 1808 i depositari de' registri non seguivano tutti un metodo uniforme per lo rilascio degli estratti degli atti rettificati. Gli uni si contentavano d'indicare la data della sentenza che aveva ordinata la rettifica, di modo che in seguito era mestieri farsi rilasciare un estratto di questa medesima sentenza; gli altri, penetrando meglio nello spirito della legge, davano in pari tempo l'estrat-

to dell'atto e l'estratto della sentenza che lo aveva riformato. Un parere del consiglio di stato del 4 marzo 1808 decise che generalmente a quest'ultimo modo tutti si dovessero uniformare.

Sotto l'articolo precedente, n. III, abbiamo veduto che allorché tutti gl'interessati non abbian fatto parte nel giudizio di rettificazione di persona, o per mezzo di un contraddittore avente qualità per rappresentarli, potrà aver luogo una seconda sentenza di rettifica in senso contrario. Ciascuna di queste due sentenze dovendo conservare i suoi effetti in faccia alle parti che vi hanno interesse, ambedue dovranno essere iscritte su i registri sotto le date rispettive, e menzionata in margine dell'atto così due volte rettificato; quindi, allorché sarà rilasciato un estratto di quest'atto, dovrà esserlo con un estratto di ciascuna delle due sentenze.

RIASSUNTO DEL TITOLO SECONDO.

DEGLI ATTI DELLO STATO CIVILE.

I. — Chiamasi *stato civile* di un individuo la posizione che costui tiene nella società, in ragione delle sue qualità di padre o di figlio, di uomo maritato o non maritato, ec.; *atti dello stato civile* chiamansi i processi verbali che attestano queste diverse qualità; e *uffiziali dello stato civile* i pubblici funzionari incaricati della redazione di questi atti. Si fatti uffiziali sono stati fino al 1792 i curati delle parrocchie; a partir dal 1800 sono i *maires* de' comuni. Sotto la monarchia eravi eccezione pe' membri della famiglia reale, relativamente a' quali le funzioni di uffiziale dello stato civile erano adempite dal ministro della giustizia a' termini di una legge speciale. I registri contenenti gli atti del loro stato civile erano depositati negli archivj della camera de' pari.

Le regole relative agli atti dello stato civile sono, o comuni a tutte le specie di atti, o particolari a ciascuna di esse.

CAPITOLO I.

REGOLE COMUNI A TUTTE LE SPECIE DI ATTI.

II. — Gli atti dello stato civile debbono indicare il giorno, il mese o l'anno in cui si sono ricevuti, e la indicazione delle parti in essi nominate (art 34 [36]).

Debbono esser distesi senza interlinee nè cancellature, senza abbreviature, nè cifre numeriche, e iscritti successivamente gli uni dopo gli altri e senza spazi in bianco; le cancellature e le postille debbono essere sottoscritte nella medesima maniera dello stesso corpo dell'atto. Dopo la loro redazione l'uffi-

ziale dove farne lettura, menzionare l'adempimento di questa formalità, e firmare con le parti componenti ed i testimoni. Pe' testimoni non è richiesta altra qualità che di essere maschi ed in età di ventun anno. Le parti, fuorchè pel matrimonio (1), possono farsi rappresentare da persona fornita di procura speciale ed autentica (art. 33-39 e 42 [37-41 e 44]).

I registri destinati a ricevere gli atti dello stato civile debbono essere tenuti in doppio in ciascun comune, sia che questo comune non ne abbia che uno per gli atti di qualunque specie, sia che ne abbia molti, uno per ciascuna specie di atti (2); essi sono numerati e cifrati dal presidente del tribunale di prima istanza (3). Alla fine di ciascun anno uno dei registri è depositato nella cancelleria del tribunale con le procure ed altri documenti prodotti dalle parti o da' loro mandatari; l'altro rimane negli archivi del comune. Siccome questi registri non debbono mai esser mossi, i loro estratti hanno la stessa forma autentica de' registri medesimi, cioè fanno fede sino all'iscrizione in falso per quelle enunciazioni che l'uffiziale abbia potuto attestare *proprio sensibus*; in quanto alle altre enunciazioni esse hanno soltanto la forza delle deposizioni ordinarie de' testimoni, atteso che i dichiaranti non sono pubblici uffiziali (art. 40, 41, 43-45 [42, 43, 45-47]).

L'uffiziale dello stato civile che contravenga alle esposte regole, sulle conclusioni del procuratore della repubblica, può essere dal tribunale civile condannato ad una multa, di cui il massimo è di 100 fr. (art. 50 [52]) (4). D'altronde, senza che sia mestieri il dirlo, ben si comprende che qualunque reato o delitto commesso in ordine agli atti dello stato civile darebbe luogo alle pene stabilite dalla legge, senza pregiudizio de' danni-interessi che potrebbero esser dovuti alle parti interessate (articolo 52 [54]) (5). All'epoca del deposito de' registri nella cancelleria, il procuratore della repubblica deve verificarne lo stato ed enunciare i reati, i delitti o le contravvenzioni che potranno essere state commesse (art. 53 [55]).

III.—Gli atti dello stato civile di ciascun individuo, appartenendo alla intera società, che è interessata a conoscere lo stato di ciascuno de' suoi membri, ne segue che gli estratti di cui abbiain parlato debbono essere rilasciati ad ogni richiedente (art. 45 [47]).

Dal medesimo principio cziandio ne segue che ad un atto, redatto che sia, niun cangiamento può farsi se non in virtù di una sentenza di rettifica. Questa sentenza è iscritta sui registri e menzionata in margine dell'atto rettificato. Allorchè gl'interessati o alcuno di essi non siano stati chiamati in questo giudizio, nè validamente rappresentati, la sentenza non può avere effetto in faccia ad essi; questi, se vogliono semplicemente respingere le conseguenze e farla reputare non avvenuta nel loro interesse, hanno la scelta tra il mezzo dell'opposizione di terzo, ed un'azione ordinaria tendente a fare negativamente giudicare ciò che era stato affermativamente risoluto. Se poi vogliano non solo respingere le conseguenze di questa sentenza, ma fare pronunziare la rettifica in senso contrario della prima, sempre necessariamente bisogna intentare un'azione ordinaria (articolo 99-101 [104-106]).

Le sentenze di rettificazione, come tutte le altre relative agli atti dello stato civile, sono rendute sulle conclusioni del pubblico ministero, mandatario della società, e sempre suscettive di appello. Se l'inesattezza dell'atto consistesse soltanto nell'erronea ortografia di un nome, o nella soppressione di uno dei nomi del padre o della madre, non sarebbe necessario di fare rettificare l'atto per procedere alla celebrazione d'un matrimonio; basterebbe di far attestare da testimoni che sotto questo rapporto vi sia inesattezza nell'atto. Le sentenze di rettificazione non possono dimandarsi che dalle parti interessate, e non di ufficio dal procuratore della repubblica, eccetto: 1° allorchè la rettificazione interessi l'ordine pubblico; 2° allorchè riguardi individui notoriamente indigenti (ivi).

IV.—Quando si alleggi che non vi sia stata tenuta di registri, o che i registri siano cessati di esistere, o che solo un foglio od un atto sia stato distrutto, si può o con titoli, o anche con testimoni, 1° provare il fatto che si allega; 2° ammesso tal fatto, provare quello della nascita, del matrimonio o della morte (art. 46 [48]) (6).

In paese straniero gli agenti diplomatici possono ricevere gli atti dello stato civile dei francesi; gli uffiziali del paese possono ricevere e quelli de' francesi e quelli passati tra francesi e stranieri, per l'applicazione della massima *locus regit actum* (art. 47, 48 [49, 50]) (7).

(1) V. la nota (2) pag. 432. (Nota del traduttore).

(2) V. la nota (2) pag. 433. (Nota del traduttore).

(3) V. le nostre note (4) e (5) pag. 433. (Nota del traduttore).

(4) V. la nostra nota (4) pag. 444. (Nota del traduttore).

(5) V. le nostre note (5) pag. 441, e (1) e (3) pag. 442. (Nota del traduttore).

(6) V. la nostra nota (6) pag. 438. (Nota del traduttore).

(7) V. le nostre note (4) e (2) pag. 440. (Nota del traduttore).

I depositari de' registri sono civilmente responsabili verso gl'interessati di qualunque alterazione o distruzione de' medesimi o di una parte di essi, salvo il loro regresso contro gli autori del fatto, i quali inoltre, se ne è il caso, possono essere tradotti in giudizio criminale dal procuratore della repubblica (art. 51, 52 [53, 54]).

CAPITOLO II.

REGOLE PARTICOLARI PER CIASCUNA SPECIE DI ATTI.

V. — *Atti di nascita.* — È principio che gli atti di nascita non hanno per iscopo che di provare il fatto della nascita; intanto essi provano anche la filiazione quando si tratta di figli legittimi; mentre quella de' figli naturali si prova con un atto del tutto differente, cioè con un atto autentico di riconoscimento formale. L'atto di nascita di un figlio legittimo non è dunque completo che quando provi e la nascita e la filiazione. Così allorché ad un figlio legittimo, di cui l'atto di nascita non stabilisce la filiazione, vogliasi procurare un atto che provi tale filiazione, non bisogna procedere ad un riconoscimento, come farebbesi pel figlio naturale; ma è d'uopo completare l'atto di nascita, ed a tale effetto ottenere una sentenza di rettificazione (art. 62 [66]).

Le nascite debbono essere dichiarate fra tre giorni all'uffiziale dello stato civile. L'atto è disteso dietro la presentazione del fanciullo ed in presenza di due testimoni. Se il fanciullo è infermo, l'uffiziale deve trasferirsi presso di lui (art. 55 [57]). L'obbligo di fare la dichiarazione è imposto: 1° al padre; 2° quando la madre non sia partorita nel proprio domicilio, anche al padre, se è presente, ed in mancanza di costui alla persona presso la quale abbia avuto luogo il parto; 3° in mancanza dell'uno e dell'altro, ai medici, alle levatrici, ed altre persone che abbiano assistito al parto (art. 56 [58]).

L'atto di nascita deve sempre contenere la indicazione del luogo, dell'epoca della nascita ed i nomi del fanciullo; deve di più indicare il padre e la madre, ma solo quando il figlio è legittimo. Se poi si tratti di un figlio naturale, l'indicazione del padre non può aver luogo se non quando il padre riconosca il figlio, e purché siffatto riconoscimento non attribuisca al figlio una filiazione incestuosa o adulterina; l'indicazione della madre può esser fatta sempre, ma non deve mai essere richiesta (art. 55 [37]).

(1) V. le nostre note (3), (4) e (5), pag. 141. (Nota del traduttore).

Qualunque atto di riconoscimento, fatto separatamente dall'atto di nascita, dev'essere iscritto su' registri di nascita, e menzionato in margine dell'atto di nascita del figlio riconosciuto (art. 62 [66]).

La persona che trovi un fanciullo di fresco nato è obbligata di portarlo all'uffiziale dello stato civile, unitamente agli effetti trovati col medesimo, indicando le circostanze del fatto. L'uffiziale stende un processo-verbale, nel quale enuncia inoltre il sesso, l'età apparente del fanciullo, i nomi che gli sono dati, e l'autorità alla quale è consegnato. Questo processo-verbale è iscritto su' registri di nascita (art. 58 [61]) (1).

Se nasce un fanciullo durante un viaggio sul mare, l'atto dev'esser disteso fra le ventiquattr'ore sul ruolo dell'equipaggio da colui che comanda il bastimento. Una spedizione autentica di quest'atto, o una copia di questa spedizione sarà rimessa, sia direttamente dal preposto dell'ufficio dell'iscrizione marittima del porto ove il bastimento avrà preso fondo, sia dal segretario del ministro di marina all'uffiziale dello stato civile del domicilio del padre, qualora sia conosciuto; altrimenti a quello della madre. Questo uffiziale immediatamente l'iscrive su' registri di nascita (art. 59-61 [63-65]) (2).

VI. — *Atti di matrimonio.* — Tutto ciò che vi è a dire su questa materia sarà più logicamente allegato sotto il titolo del matrimonio.

VII. — *Atti di morte.* — Le dichiarazioni di morte debbono essere fatte fra le ventiquattr'ore all'uffiziale dello stato civile da due dei più prossimi parenti o vicini. La sepoltura non può aver luogo che in virtù di un'autorizzazione, che non si rilascia se non dopo fatta la dichiarazione, senza che tuttavia possa mai effettuarsi prima dello spirare delle ventiquattr'ore dopo la morte.

L'atto dev'essere redatto dopo che l'uffiziale dello stato civile si sia assicurato della morte, o trasferendosi egli stesso nel domicilio della persona, o affidando tal cura ad un professore; e deve contenere i nomi, i cognomi, la professione e il domicilio del defunto, del suo coniuge, se sia maritato o vedovo, e, se sia possibile, de' suoi genitori (art. 77, 79 [82, 84]).

VIII. — Dobbiamo ora ricordare le regole da seguirsi ne' diversi casi straordinari di morte.

1° In caso di morte in un pubblico stabilimento, come monasteri, collegi, seminari, comunità, prigioni, ec., i direttori, superiori, carcerieri, custodi, ec., ne debbono fra le ventiquattr'ore dare avviso all'uffiziale dello

(2) V. le nostre note (2) pag. 145 e (1) pag. 146. (Nota del traduttore).

stato civile, il quale redige l'atto dopo essersi trasferito. Inoltre in tutte le case pubbliche, eccetto le prigioni, debbono esser tenuti de' registri speciali, ne' quali si fa menzione di queste morti e delle circostanze che vi sono relative (art. 80 e 84 [85 e 89]).

2° Allorquando vi sia luogo a sospettare che vi è stata morte violenta, un ufficiale di polizia, assistito da un medico, deve redigere il processo-verbale dello stato del cadavere o di tutte le circostanze e informazioni relative al fatto. Queste informazioni sono da lui spedite all'uffiziale dello stato civile del luogo, che in vista di esse ne redige l'atto (art. 81-82 [86-87]).

3° In caso di esecuzione di morte, il cancelliere criminale fra le ventiquattr'ore deve spedire all'uffiziale dello stato civile del luogo le informazioni necessarie alla redazione dell'atto (art. 83 [88]).

Ne' detti tre casi l'uffiziale che ha disteso l'atto ne invia una spedizione a quello del domicilio del defunto.

Nel caso di esecuzione di morte, di morte violenta, o di morte in prigione, non dev'esser fatta menzione di queste circostanze nell'atto (art. 85 [90]).

4° In caso di morte durante un viaggio di mare bisogna applicare ciò che è stato detto per le nascite avvenute in simili circostanze (art. 86-87 [91-92]) (1).

5° In caso di presentazione all'uffiziale dello stato civile di un fanciullo senza vita, la cui nascita non sia stata registrata, l'uffiziale deve soltanto dichiarare che gli sia stato presentato un fanciullo senza vita, ed indicare il giorno e l'ora in cui questo fanciullo sia uscito dal seno materno. Egli non deve enunciare che il fanciullo sia morto (art. 87 [92]).

6° Allorquando un individuo è perito in un incendio, in una inondazione, in uno scoppio di mina od in qualunque altra circostanza, nella quale è impossibile di trovare il suo corpo, se ne fa redigere processo-verbale da un ufficiale di polizia. Siffatto processo-verbale sarà trasmesso al procuratore della repubblica, a cura del quale, dietro l'autorizzazione del tribunale, sarà annesso al registro delle morti (art. 87 [92] n° III e IV).

CAPITOLO III.

REGOLE PARTICOLARI PE' MILITARI IN UN CASO DETERMINATO.

IX. — I militari in attività di servizio fuori del territorio della repubblica, ed anche co-

loro che in Francia per cagione della guerra si trovino senza possibile comunicazione con le autorità civili, han formato oggetto di disposizioni che producono talune eccezioni alle regole precedentemente additate.

Le funzioni d'uffiziale dello stato civile sono esercitate in siffatte circostanze particolari: 1° in ciascun corpo speciale, pe' militari appartenenti ad un corpo, dal quartiermastro se il corpo comprenda uno o più battaglioni; dal tesoriere, se il corpo è minore di un battaglione; 2° presso lo stato maggiore, per gl'individui appartenenti all'armata senza però far parte di un corpo speciale, dall'intendente militare. Da ciascuno di questi uffiziali è tenuto un sol registro, sul quale s'iscrivono gli atti di qualunque specie. Tali registri sono numerati e cifrati, quelli di ciascun corpo dall'uffiziale che lo comanda; quello dello stato maggiore, affidato all'intendente, dal capo di detto stato maggiore; 3° infine sono uffiziali dello stato civile i direttori di ospedali per le morti che quivi avvengono (art. 88-91 e 96-97 [93-96 e 101-102]) (2).

Per le dichiarazioni di nascita è accordato un termine di dieci giorni invece di tre, ed un nuovo termine di dieci giorni si ha, a cominciare dall'iscrizione dell'atto, per ispedirne un estratto all'uffiziale dello stato civile del domicilio del padre, se questi sia noto, altrimenti della madre (art. 92 e 93 [97 e 98]).

I matrimoni non possono aver luogo che dopo la pubblicazione al domicilio delle parti, e inoltre dopo che la pubblicazione è stata posta durante venticinque giorni all'ordine del giorno del corpo o dell'armata, secondo i casi. L'estratto dell'atto di matrimonio dev'essere spedito all'uffiziale dello stato civile delle parti immediatamente dopo l'iscrizione su' registri (art. 94 e 95 [99 e 100]) (3).

Gli atti di morte debbono esser distesi dietro la dichiarazione di tre testimoni, invece di due, richiesti ne' casi ordinari: son concessi dieci giorni per ispedire l'estratto (art. 96 [101]).

In caso di morte in un ospedale l'atto si redige dal direttore, che ne manda una spedizione all'uffiziale dell'armata incaricato delle funzioni di uffiziale dello stato civile, relativamente all'individuo morto. Quest'uffiziale, come negli altri casi, ne fa pervenire un estratto all'uffiziale dello stato civile del domicilio del defunto (art. 97 [102]).

All'rientrare che fanno le truppe sul territorio francese il registro tenuto allo stato maggiore per gl'individui che non fanno par-

(1) V. la nota (1) pag. 452. (Nota del traduttore).

(2) V. le nostre note pag. 458 e 459. (Nota del traduttore).

(3) V. le nostre note (1) e (3) pag. 458. (Nota del traduttore).

te di un corpo, e quelli tenuti in ciascun corpo speciale, sono tutti depositati negli archivi della guerra (art. 90 [93]).

X. — Ora come devonsi intendere la competenza di questi ufficiali speciali in paese straniero? È dessa obbligatoria o non è che facoltativa?

A differenza de' semplici individui, un' armata entra in un territorio per comandarvi, e ne' diversi luoghi che occupa, per sè non riconosce altra sovranità che quella del potere che la spedisce; dunque, per tutti coloro che le appartengono, là dove è il vessillo, è la Francia.

Così, qualunque sia il paese dove andasse, coloro che effettivamente ed attualmente fanno parte di un' armata sono legalmente in Francia. Se un luogo sia assolutamente ed esclusivamente occupato dall' armata, a mo' d'esempio un campo, il luogo è reputato assolutamente la Francia, e l' ufficiale del paese non vi potrebbe ricevere alcun atto dello stato civile quand' anche solo in parte riguardasse un francese; non vi potrebbe ricevere che esclusivamente quelli relativi agli stranieri. Se il paese non è occupato che in parte, come una città dove siano rimasti gli abitanti, continua ad essere paese straniero in quanto agli stranieri, ed allora, per esempio, una città è simultaneamente francese ed alemanna. Quivi ancora l' ufficiale francese è il solo competente per gli atti che riguardino francesi; ma se al contrario l' atto sia relativo in pari tempo ad un francese e ad uno straniero, per esempio un matrimonio fra un militare dell' armata ed una donna del paese, tal atto può essere ricevuto tanto dall' ufficiale dell' armata che dall' ufficiale del paese, attesochè relativamente ad una delle parti si è in Francia, e relativamente all' altra in Alemagna (art. 88 [93]).

TITOLO III.

Del domicilio.

(Decreto li 14 marzo 1803. — Pubblicato li 24).

Diverse ragioni, che meglio si comprenderanno a misura che più e inoltreremo nello studio del dritto, richiedevano che ciascuna persona fosse messa in rapporto legale con un determinato luogo.

Così, per esempio, essendo amministrata la giustizia da un gran numero di tribunali, a ciascun de' quali è assegnata una certa porzione di territorio, è chiaro che ciascuna persona dev' esser collegata al tale o tal altro luogo, affinchè si sappia innanzi a quale di questi tribunali bisogna tradurla, e non sia per-

messo di chiamare arbitrariamente, e senza ragione, da una estremità della Francia la persona che dimori in un' altra estremità.

Così eziandio, onde stabilire contro una persona l' obbligo di comparire in giudizio, è di ragione che bisogna farle pervenire un preventivo avviso a dovervisi presentare. Ma d' altra banda non si poteva richiedere che questo avviso (che chiamasi *assegnazione*, *citazione*, *aggiornamento*) fosse sempre consegnato alla persona medesima; imperocchè sarebbe stato lasciare a ciascun debitore la facoltà di paralizzare indefinitamente l' esercizio de' dritti del suo creditore, facendo in modo che questi non potesse arrivare insino a lui. In ciò ancora è stato uopo stabilire un luogo col quale la persona sia in una tale relazione, che tutte le intimazioni, di qualunque natura siano, che fossero fatte in questo medesimo luogo, abbiano gli stessi effetti che se fossero state fatte alla persona medesima.

Il domicilio è dunque la sede legale, giuridica della persona. Noi diciamo la sede *giuridica*, perchè, propriamente parlando, il domicilio non è la casa, la fabbrica materiale; è una cosa del tutto ideale, morale, astratta, che risulta soltanto dalla creazione della legge. Intanto nell' uso nomasi sovente domicilio anche la casa, il luogo in cui è stabilita la sede giuridica; ma questo non è il senso tecnico della parola. Abbastanza l' indica l' art. 102 [107], quando dice che il domicilio è non il luogo, ma nel luogo del principale stabilimento.

Sebbene diciamo che il domicilio non sia una realtà materiale, non una casa, non un luogo, ma bensì una creazione giuridica, un' astrazione, puro effetto del dritto, nullameno non ammettiamo come Demante (*progr. I-107*), che il domicilio consista nella *relazione stabilita dalla legge fra la persona ed il luogo*. Secondo noi questa idea è inesatta. Il domicilio non è la relazione stabilita dalla legge fra la persona ed il luogo, è la sede che la legge crea in conseguenza di siffatta relazione. Il domicilio non è la *relazione*, perchè trasmettere un atto al domicilio non è *trasmettere un atto alla relazione*. La legge stabilisce i rapporti fra ciascuna persona ed un dato luogo; poi come conseguenza di questi rapporti stabilisce in questo luogo la sede fittizia, il *domicilio* della medesima persona.

Del resto non è arbitrariamente, ma al contrario secondo la intenzione, sia certa, sia presunta, della stessa persona, che la legge, come osserveremo in seguito, stabilisce in un dato luogo piuttosto che in un altro la sede giuridica della medesima.

102 [107]. — Il domicilio di qualunque francese, per quanto riguarda l' esercizio

de' suoi dritti civili, è il luogo ov'egli ha il principale stabilimento (1).

I. — Distinguesi il *domicilio civile*, o *domicilio semplicemente detto*, o il *domicilio politico*, secondochè si tratta di determinare il luogo ove ciascun cittadino deve esercitare i suoi dritti politici od i suoi dritti civili. Il domicilio civile è il solo di cui si occupa il nostro titolo, come l'indicano le parole del nostro articolo: *per quanto riguarda lo esercizio de' suoi dritti civili*.

E mestieri anche distinguere dal domicilio civile ordinario il domicilio *relativamente al matrimonio*, che ai termini dell'art. 74 [76] (2) si acquista mediante sei mesi di continua dimora, di guisa che consiste in una semplice residenza. Del pari mediante questa residenza di sei mesi, in forza della legge elettorale del 1819 (art. 2), si costituisce il domicilio politico quanto all' esercizio del dritto di elettore.

II. — Riguardo al domicilio ordinario, secondo il nostro articolo esso è il luogo ove si ha il principale stabilimento. Non bisogna dunque confonderlo con la residenza, che consiste nel solo fatto dell'abitazione. Così un commerciante, che ha la sede de' suoi affari a Rouen, lascia in questa città un commesso alla direzione della sua casa, e va a passare un anno o più con la sua famiglia a Marsiglia presso un parente o un amico. Durante questo tempo sarà *residente* a Marsiglia, ma nondimeno continuerà ad essere *domiciliato* a Rouen.

III. — Del resto, come facilmente si comprenderà mediante la spiegazione degli articoli seguenti, la parola *stabilimento* nel nostro articolo ha il più largo significato, il senso più esteso. Così, prendendo la parola *stabilimento* nel suo proprio senso, è chiaro che un fanciullo di dieci anni non abbia stabilimento, e nondimeno egli ha un domicilio. Così del pari un giovane di venticinque anni, che vive delle rendite delle sue proprietà, e non esercita professione alcuna, non ha precisamente stabilimento, ma intanto ha nondimeno il suo domicilio.

Il legislatore dunque intende per *luogo del principale stabilimento* quello in cui la persona siasi fissata, al quale trovisi più specialmente attaccata, di guisa che allontanandosi, gli è sempre per ritornarvi dopo un periodo di tempo più o meno lungo.

103 [108]. — Il cangiamento di domicilio seguirà per lo fatto di un'abitazione reale in un altro luogo, unita alla intenzione di fissarvi il proprio principale stabilimento (3).

SOMMARIO.

- I. Per cambiare domicilio abbisogna l'intenzione ed il fatto. Il domicilio non si acquista che *animus et factus*; non velle acquistare si conosce solo *animus*.
- II. Quando la persona è incapace, o legalmente reputata incapace di avere una volontà, la legge gliene suppone una per determinarne un domicilio. — Avverrebbe lo stesso suocchè la persona avesse la formale volontà di non avere nessun domicilio.
- III. Per massima non può esservi perdita assoluta di un domicilio, e reciprocamente non può esservi assoluta acquisto di un domicilio. Non si può non avere domicilio, ed si può avere più d'uno.
- IV. Di questi quattro principi i primi tre possono soffrire eccezioni; il quarto nel più; ma in questo ad esso i fatti possono menar ai medesimi risultati di una concessione di diritto.

I. — Per cambiare domicilio non basta di andar ad abitare in un altro luogo; poichè, come l'abbiamo detto sotto l'articolo precedente, il fatto dell'abitazione in un luogo, quando non vi si unisca l'intenzione di restarvi fisso, non costituisce che una semplice residenza. Avverrebbe sempre lo stesso per lungo che fosse il tempo durante il quale si abbasse in un luogo ove non si ha l'intenzione di fissarsi.

Epperò, un giovane di provincia, dopo aver compiuto i suoi studi di umanità nel suo paese, viene a passare a Parigi quattro, cinque, sei anni o più, per acquistarsi i suoi gradi in una facoltà, o per tutt'altro scopo, il quale ottenuto è sua intenzione di ritornare a stabilirsi nel suo paese; questo giovane, non avendo a Parigi che il fatto dell'abitazione, non ha mai cessato di essere domiciliato nel luogo dove era prima di venire nella capitale.

Viceversa, l'intenzione, ancorchè espressamente manifestata, di abbandonare per sempre un luogo per andare a stabilirsi in un altro, da sè sola non basta per operare il cambiamento di domicilio; è uopo che venga ad unirsi il fatto dell'abitazione in questo nuovo luogo (4).

Da ciò non segue che il domicilio, una volta acquistato, si conserva *solo animo*, per virtù della sola intenzione, e malgrado la residenza in un luogo diverso; mentre non si può acquistare che *animus et factus*.

II. — Come si scorge è dall'intenzione stessa della persona, dall'*animus manendi*, che parte la legge per stabilire fra questa persona ed il tale o tal altro luogo il rapporto da cui risulta il domicilio. Ma vi sono delle

(1) La parola *francese* è sostituita dall'altra nazionale nel nostro articolo. (Nota del traduttore).

(2) Il nostro art. 76 ha modificato il corrispondente art. 74 francese, riducendo in tal caso la dimora da sei a tre mesi. (Nota del traduttore).

Marcadé T. I.

(3) Il nostro articolo ha sostituito alle parole *per lo fatto di un'abitazione reale* le altre *colle traslazione effettiva dell'abitazione*. (Nota del traduttore).

(4) *Conf. Rig.*, 6 nov. 1832; *Rig.*, 25 agosto 1835; *Dev.*, 32, 1, 822; 35, 1, 689.

persone incapaci, o che la legge dichiara incapaci di avere una volontà, una intenzione. Tutti sono tutti i minori prima della loro emancipazione, ed i maggiori che per imbecillità, demenza o furore, privati dell'esercizio delle loro facoltà intellettuali, sono stati giudiziariamente interdetti. Intanto per costoro bisogna pure che tal rapporto legale esista, dappoichè anch'essi hanno il loro stato nella società civile e vi godono i dritti che sono da altri esercitati in loro nome. La legge dunque ha dovuto fittiziamente attribuire a queste persone una intenzione, che esse non hanno, o son reputate non avere, e determinare siffatta intenzione secondo quella della persona alla quale la forza delle circostanze le unisce, e che è incaricata di rappresentarle. Così l'art. 108 [113] (1) ne dice che il minore non emancipato avrà il suo domicilio presso il padre e la madre o il tutore, ed il maggiore interdetto presso il suo tutore.

Abbiam favellato delle persone che sono o che la legge dichiara incapaci di avere una intenzione. Difatti è chiaro che a sedici o diciotto anni un minore può avere un'intenzione, e nondimeno sino a che non sia emancipato la legge non riconosce in lui volontà; agli occhi suoi non ha capacità maggiore del fanciullo non ancora fornito di ragione. Dunque non ha dritto a scegliersi un domicilio.

D'altra banda può benissimo accadere che una persona che è, e che la legge riconosce di essere capacissima di avere una volontà, una intenzione, non pertanto non abbia nel fatto l'intenzione di stabilirsi nel tale o tal altro luogo piuttosto che in un altro, ovvero che abbia la intenzione precisa e ferma di non stabilirsi in nessun luogo. Ora ciò non impedirebbe a tal persona di avere un domicilio, supponendole la legge, come fa pei minori e gli interdetti, una intenzione che in fatto non ha. Ed invero, come nel seguente numero osserveremo, niuno può essere senza domicilio; ciascuno, legalmente e senza che possa neppure farsene la prova contraria, è reputato di avere l'intenzione di essere in relazione con un luogo qualunque.

III. — È molto importante di osservare in quali termini si esprime il nostro articolo; essi ci provano un'idea ben risoluta nel legislatore, e che sorge ancora da molti altri articoli: ed è che non si può nè avere più di un domicilio, nè non averne alcuno.

Ed invero il nostro articolo non parla (e neppure alcun altro testo) sia dell'acquisto, sia della perdita del domicilio; parla solo del cambiamento di domicilio, cioè della sostitu-

zione d'un domicilio mediante uno novello. Ciò indica che, secondo lo spirito del legislatore, non può esservi perdita del primo domicilio senza che in pari tempo non ve ne sia acquisto di un secondo, e che a vicenda non vi ha mai acquisto di nuovo domicilio senza che siavi perdita dell'antico.

Difatti già la ragione ci dice che ad ogni persona è necessario un domicilio, perchè ogni persona ha dritti da esercitare, e perchè si possono pure aver dritti da esercitare contro di essa; ma del pari ci dice che se è necessario di averne uno, questo solo basta.

Così l'art. 102 [107] ci dice: *Il domicilio di ogni francese è il luogo, ec.*, gli art. 101 e 107 [109 e 112] ci parlano di *traslazione* di domicilio, cioè dell'abbandono del primo per sceglierne un altro; nell'art. 110 [115] ci si dice poi che qualunque successione si apre nel luogo del domicilio; non si aggiunge quando ve ne sarà uno, perchè effettivamente sempre se ne ha uno: e neppur si dice che questo sarà nel luogo di uno de' domicili, perchè non se ne possono avere diversi. In tutto il nostro titolo non vi è una frase, una parola, che possa far supporre nel legislatore l'idea che una persona possa non avere domicilio o averne due; al contrario tutto induce ad ammettere le due proposizioni che abbiamo enunciate, e il nostro articolo ne compie la dimostrazione.

Difatti, come l'abbiam già detto, il nostro articolo non parla separatamente della perdita e dell'acquisto di domicilio, ad oggetto di attribuir loro diverse cagioni; ma li riunisce entrambi in una medesima frase, in una stessa parola, e loro assegna una causa identica. Dire che la tal circostanza operi *cangiamento di domicilio*, vale che annulli il domicilio antico e ne faccia sorgere uno novello. Ma, poichè la causa che fa perdere un domicilio è precisamente quella che ne crea un nuovo, ne segue che tutte le volte che un domicilio cesserà di esistere, un altro ne sorgerà o rimpiazzerà quello perduto; reciprocamente, poichè la causa che crea un domicilio novello è quella che distrugge l'antico, ne segue che un domicilio posteriore non sorgerà giammai senza che il precedente sia necessariamente perduto. Insomma non vi ha mai perdita assoluta del domicilio che si aveva, non vi ha mai assoluto acquisto di un domicilio novello; di necessità simultaneamente si avvera la perdita di un domicilio e l'acquisto di un altro diverso; in altri termini, vi ha sempre *cambiamento di domicilio*.

Rimane dunque stabilito: 1.^o che non si possono mai avere due domicili; e 2.^o che non può non aversene alcuno, poichè colui che non ne avesse conserverebbe sempre il suo domicilio di origine. In effetti, ciascun fan-

(1) V. la nostra nota (2) pag. 473. (Nota del traduttore).

ciullo, come si vedrà sotto l'articolo 108 [113] (1), dal momento della nascita ha un domicilio, che, giusta quanto è stato precedentemente detto, non può essere perduto senza che se ne acquisti uno novello.

Giacchè parliamo del domicilio di origine, dobbiamo far osservare, ciò che d'altronde è chiaro per sè stesso, che per sì fatto domicilio di origine necessariamente havvi assoluto acquisto di domicilio; di tal che nella spiegazione fatta di sopra non abbiain detto che non vi può essere acquisto assoluto di domicilio, ma che non vi è acquisto assoluto di un domicilio *novello*.

IV. — Sotto il numero precedente abbiain stabilito quattro proposizioni, cioè:

1.° Che non può esservi perdita di un domicilio senza l'acquisto di uno novello;

2.° Che non havvi acquisto di domicilio novello senza la simultanea perdita del domicilio anteriore;

3.° Che non si può non aver domicilio;

4.° Infine che non se ne può avere più d'uno.

Tra questi principi ve ne sono tre che, in certi casi molto rari, soffriranno eccezione per la forza stessa delle cose. In quanto al quarto non può avere eccezione, ma nel fatto le cose potranno avvenire come se questa eccezione avesse luogo.

E pria di tutto, quanto alle primo tre proposizioni, se si supponga che la casa ove la persona abitava cou intenzione di rimanervi stabilita, e dove in conseguenza aveva il suo domicilio, si trovi distrutta per incendio, per inondazione, ec., è forzatamente distrutto il domicilio della persona medesima, ed allora avvi perdita assoluta del domicilio, imperciocchè la forza maggiore che l'ha fatto sparire non ne ha creato un altro. Ciò costituisce una eccezione al primo principio.

Poichè in tal caso vi ha perdita assoluta di domicilio, la persona dunque nerimarrà priva per più o meno tempo, finchè non ne acquista uno novello; il che è una eccezione al terzo principio.

Ora, come si scorge, vi sarà acquisto assoluto di domicilio, allorchè si verificherà questo nuovo domicilio; il che forma un' eccezione al secondo principio.

Per quanto riguarda l'ultimo principio, quello secondo il quale non si possono avere contemporaneamente più domicilii, non se ne può immaginare eccezione possibile; ma le cose possono avvenire come se esistesse siffatta eccezione. E per vero supponiamo un commerciante che abbia più stabilimenti,

uno a Parigi, un altro a Rouen, un terzo a Bordeaux, e che risieda ora nell' uno, ora nell' altro, senza che veruna circostanza indichi quale abbia scelto per suo domicilio; siccome è sua colpa il non dichiarare la propria intenzione, giusta quel che prescrive l'articolo seguente, così per valide si riterrebbero le intimazioni fatte indistintamente in qualunque di tali stabilimenti, come se il suo domicilio esistesse in ciascuno di essi.

104 [109]. — La prova dell' intenzione risulterà da un' espressa dichiarazione fatta così alla municipalità del luogo che si abbandonerà, come a quella del luogo dove si sarà trasferito il domicilio.

105 [110]. — In mancanza di dichiarazione espressa, la prova dell' intenzione dipenderà dalle circostanze.

I. — Si molteplici sono le diverse circostanze che possono far conoscere l' intenzione, che era impossibile al legislatore di prevederle tutte; ha dunque dovuto lasciare ai tribunali la cura d'indagarle e valutarle.

Del rimanente sonovi molte circostanze in cui il legislatore, senza attenderne altre, o talvolta eziandio senza attendere il fatto dell' abitazione, suppone nella persona un' intenzione che giudica talmente necessaria, che gli basta per fissar da sè stesso il domicilio cou una presunzione contro cui non può essere ammessa alcuna prova. I casi ne' quali ha luogo siffatta presunzione della legge saranno indicati negli articoli 107 e 108 [112 e 113] (2).

II. — Si è disputato che cosa bisognerebbe decidere, se una persona, sia per espressa dichiarazione, sia per le circostanze della sua condotta, avesse manifestata l' intenzione di abbandonare il suo domicilio, ma che non avesse lasciato penetrare l' intenzione di sceglierne un altro, o che chiaramente avesse manifestata l' intenzione di non adottarne alcuno; il che però cessa di formare oggetto di quistione, riferendosi a quel che abbiain detto sotto l'art. 101 [108].

Infatti abbiain veduto che non può esservi perdita assoluta, ma soltanto *cangiamento* di domicilio, vale a dire perdita dell' antico e acquisto di uno novello; e ciò a motivo che le cause necessarie per distruggere un domicilio sono precisamente quelle che ne fanno sorgere un altro. Da ciò ne segue che, se non vi sia cangiamento di domicilio, cioè perdita ed acquisto simultaneo, non vi sarà nel fatto nessuna cosa che meriti attenzione. Ora nella nostra ipotesi non vi è cangiamento di domicilio, poichè un novello domicilio non trovasi acquistato; niente dunque si ha nel fatto, e,

(1) V. la nostra nota precedente.

(2) Veggasi quanto al secondo de' citati articoli la precedente nota. (Nota del traduttore).

malgrado la intenzione contraria, il domicilio anteriore è conservato. Infatti, come si è veduto sotto l'articolo 103 [108], non è solo alla intenzione di abbandonare un dato luogo che la legge accorda l'effetto di distruggere il domicilio, ma all'intenzione di abbandonare il detto luogo per andare a stabilirsi in un altro. Altrimenti dunque si sarà manifestata soltanto l'intenzione di abbandonare il tal domicilio, agli occhi della legge siffatta intenzione sarà nulla e non produrrà nessun effetto.

Quando anche la persona avesse manifestata e l'intenzione di abbandonare il tale luogo e quella di andare a stabilirsi nel tal altro, se il fatto dell'abitazione reale nel luogo novello non si sia realizzato, sarà sempre conservato il domicilio antico. Ed invero, ni termini dell'art. 103 [108], il cambiamento di domicilio non si opera che con l'intenzione di stabilirsi in un luogo novello congiunta all'abitazione reale in questo luogo; senza il concorso di queste due circostanze non si opera il cambiamento di domicilio; non è dunque acquistato il nuovo domicilio, ed in conseguenza non è perduto il domicilio anteriore.

Così una persona, domiciliata a Rouen, dichiara alla *mairie* di questa città che intende di abbandonare questo domicilio per andarsi a stabilire a Bordeaux; e, se pur si voglia, fa inoltre dichiarare da un procuratore alla municipalità di Bordeaux che quivi ella stabilisce il suo domicilio. Per effettuare il suo progetto abbandona Rouen, e con tutta la famiglia eccola in viaggio per Bordeaux. Muore però durante il viaggio Il fatto dell'abitazione a Bordeaux non essendosi effettuato, non vi è stato cambiamento di domicilio, e nulla perciò vi è stato di fatto; la persona è morta avendo il suo domicilio a Rouen, ed in questa città si è aperta la sua successione, ai termini dell'art. 110 [113].

106 [111]. — Il cittadino chiamato a pubblico impiego temporaneo o revocabile conserverà il primiero suo domicilio, quando non avrà manifestata un'intenzione contraria.

107 [112]. — L'accettazione d'impieghi

conferiti a vita porterà l'immediata traslazione del domicilio dell'impiegato nel luogo in cui debbe esercitare l'impiego.

1. — Ben si vede che l'accettazione d'impiego a vita è una circostanza che per sé sola pare sufficiente al legislatore per supporre nell'accettante l'intenzione di stabilirsi nel luogo in cui quest'impiego lo chiama, e per dichiarare che si reputerà immediatamente domiciliato in questo luogo, ed anche prima di trasferirvi la sua abitazione.

Mediante la prestazione del giuramento l'accettazione è perfetta; e difatti dopo aver giurato il prescelto viene rivestito del titolo che fin allora non gli era che offerto. È dunque mediante la prestazione del giuramento che si opera tale traslazione di domicilio.

Esaminiamo quali siano gl'impieghi che producono questa traslazione di domicilio.

Chiamasi *temporaneo* un impiego che sia conferito soltanto per un certo periodo di tempo, in opposizione a quello la cui durata è illimitata. Impiego *revocabile* è quello che può esser tolto a volontà dell'autorità che l'ha conferito, a differenza dell'impiego *inamovibile*, di cui rivestito che uno sia stato una volta, più non può esserne spogliato. — Un impiego può insieme essere temporaneo e revocabile; tali sono quelli de' *maires* o degli aggiunti, che, secondo la legge del 21 marzo 1831, erano nominati per soli tre anni, ed inoltre potevano durante questi tre anni essere revocati con un decreto (1). Un impiego può essere temporaneo e non pertanto irrevocabile; tale è quello di rappresentante del popolo. Difatti i rappresentanti non sono nominati che per quattro anni, ma in questi quattro anni tale qualità non può loro esser tolta. — Il contrario avviene per gl'impieghi, la cui durata è illimitata, ma che sono sempre soggetti a revocazione; tali son quelli de' ministri, de' prefetti, de' membri del ministero pubblico, ec. Infine ve ne sono altri che sono in puri tempo e di una durata illimitata, ed irrevocabili; per esempio, quelli di consigliere di una corte, di giudice di un tribunale di prima istanza, di notaio, di patrocinatore, ec. (2).

(1) Le nostre leggi amministrative stabiliscono quasi altrettanto in quanto agli uffici municipali. (Nota del traduttore).

(2) Le funzioni de' giudici di circondario dalla nostra legge organica dell'ordine giudiziario son dichiarate triennali, e capaci di conferma; triennali son pure dichiarate le funzioni de' conciliatori da decreti del 3 novembre 1823 e 5 novembre 1826; gli altri magistrati non possono diventare inamovibili che dietro novello decreto di nomina a vita, che può conferirsi dietro tre anni di lodevole esercizio; oltre di ciò, secondo gli art. 194 e 203 della

legge organica giudiziaria del 29 maggio 1817 pei domini al di qua del faro, nonché la legge del 7 giugno 1819 pei domini di là del faro, ed il decreto del 13 marzo 1820, i giudici non possono esser cambiati di luogo o destituiti se non dietro analogo giudizio. Però, siccome la conferma de' primi non avviene che di fatto, e senza espressa disposizione, e nessuna nomina a vita è stata nel fatto conferita, così rimane disputabile tra noi se la continuazione di fatto che oltre a' suindicati periodi si accorda ai magistrati possa farli nel caso di cui si tratta considerare inamovibili, e quindi applicare le ana-

Ora, perchè l'accettazione d'un impiego non produca cambiamento di domicilio, non è necessario che l'impiego in pari tempo sia temporaneo e revocabile; basta secondo l'art. 106 [111] che presenti uno di questi due caratteri. Per operare traslazione di domicilio bisogna dunque che l'impiego sia contemporaneamente e irrevocabile e di una durata illimitata.

Questo è quanto il nostro art. 107 [112] intende per *impiego conferito a vita* (1).

II. — Ma siccome l'accettazione di un impiego che è o revocabile o temporaneo non produce necessariamente o di pieno dritto traslazione di domicilio nel luogo in cui deve esercitarsi, bisognerà ben guardarsi dal conchiuderne, come non pertanto si è fatto da una decisione di Parigi, confermata in cassazione il 17 luglio 1830, che quest'accettazione rende impossibile la traslazione del domicilio, eccetto se esista a tal riguardo una dichiarazione formale dell'impiegato: in altri termini, che colui che accetta un impiego, temporaneo o revocabile, in un luogo diverso da quello in cui era precedentemente domiciliato, non sarà domiciliato in questo luogo novello che nel solo caso in cui abbia fatto le dichiarazioni di che fa parola l'art. 104 [109].

E questo un errore che vien confutato tanto dal testo stesso della legge che dalla ragione. Il nostro art. 106 [111] non dice che l'impiegato di cui si tratta conserverà il suo antico domicilio se non abbia fatta una *dichiarazione contraria*, ma soltanto se non abbia manifestata *intenzione contraria*; ora l'art. 103 [110] prescrive conformemente al buon senso, che, in mancanza di espressa dichiarazione, siffatta intenzione si prova con le circostanze. L'accettazione di un impiego, quando sia temporaneo o revocabile, per sé sola non è una sufficiente circostanza, come sarebbe l'accettazione di un impiego a vita; ma se alla medesima se ne aggiungano delle altre (che i tribunali valuteranno in quanto al fatto), e dalla riunione di queste circostanze la intenzione di essere domiciliato nel luogo novello trovasi manifestata, è chiaro che vi sarà cambiamento di domicilio, sebbene non abbia avuto luogo alcuna dichiarazione.

Se la corte di Parigi, esaminate le circo-

stanze, avesse giudicato che sufficiente prova non aveva dell'intenzione di essersi voluto cambiar domicilio, sarebbe stato questo un criterio di fatto incensurabile dalla corte suprema; ma siccome la corte di appello non si fondava che sulla mancanza di dichiarazione, vi era falsa applicazione del nostro art. 106 [111] e violazione dell'art. 103 [110]: la sua decisione dunque doveva essere annullata (2).

108 [113]. — La donna maritata non ha altro domicilio che quello del marito. Il minore non emancipato avrà il domicilio del padre, o della madre, o del tutore. Il maggiore interdetto avrà il domicilio presso il suo tutore (3).

SOMMARIO.

- I. La donna maritata ha un domicilio suo proprio quando è separata di corpo e quando è tutrice del marito interdetto.
- II. Domicilio d'origine. Come si determina secondo le circostanze. — Il figlio nato nell'incanto non vi ha che una residenza.
- III. Si può essere domiciliati in un comune in cui non sia stato il suo si rebori giammai.

I. — Quest'articolo ci addita diversi casi ne quali, come in quello dell'art. 107 [112], il domicilio è determinato dalla stessa legge, secondo la sola intenzione che suppone esistere nella persona, e senza por mente al fatto dell'abitazione.

Così primieramente la donna pel solo fatto del matrimonio ed a contare dal momento stesso della celebrazione, ancorchè questa si faccia in un luogo diverso da quello in cui è il domicilio del marito, trovasi domiciliata nello stesso luogo di quest'ultimo. La legge non poteva supporre nella moglie e nemmeno permetterlo di avere efficacemente la intenzione di fissarsi altrove che presso di suo marito.

Intanto havvi una eccezione alla disposizione del nostro articolo per la moglie separata di corpo. Costei infatti, essendo formalmente autorizzata dalla sentenza di separazione a domiciliare divisa dal marito, ed avendo in tal modo non solo la sua dimora di fatto, ma ancora la sua *dimora legale* diversa da quella del marito, ha dunque un altro domicilio, dappoichè il domicilio è appunto quella di-

maggior interdetto presso il suo tutore, e non già presso il suo tutore come si legge nell'articolo francese. Non pertanto il nostro articolo 428 dispone che al maggiore interdetto si dia un tutore ed un tutore surrogato, e non già un curatore. — Dal che bisogna concludere verificarsi nel detto nostro articolo 113 una improprietà di locuzione, derivata dall'aver fatto uso i redattori del medesimo linguaggio dell'antica legislazione. (Nota del traduttore).

loghe teoriche del domicilio. (Nota del traduttore).

(1) Parigi 17 agosto 1810; annullamento (di una decisione di Caen), 41 marzo 1812.

(2) Digione, 24 luglio 1828; Bourges, 24 febbraio 1831; Rig. 11 luglio 1831; Rig. 20 giugno 1832; Limoges, 12 marzo 1833. — *Jour. du Pal.* t. XXIII p. 690; t. XXIV, p. 28 e 4185; Devill. 31, 1, 362 695; 41, II, 622.

(3) Il nostro articolo stabilisce il domicilio del

mora legale. Tal era l'antico diritto e la dottrina contraria di Merlin (Rep., v. *Domic.* §. 5) e Zachariae (I, p. 280) è generalmente respinta (1).

Vi ha del pari un caso particolare nel quale la donna maritata può avere un domicilio suo proprio senza essere separata di corpo; cioè quando il marito è interdetto, e quando sua moglie è nominata di lui tutrice. Difatti l'interdetto ai termini del nostro articolo non può avere domicilio proprio; egli è domiciliato presso il suo tutore (2). Il marito dunque nella nostra ipotesi sarebbe domiciliato presso sua moglie. Diversamente avverrebbe, e la moglie non avrebbe domicilio proprio, se la tutela del marito interdetto appartenesse a tutt'altra persona. Allora il domicilio del marito sarebbe presso il tutore, ed ivi per conseguenza anche quello della stessa moglie.

È non solamente la moglie, dopo pronunziata la separazione di corpo, avrà un domicilio diverso da quello del marito; ma bisogna riconoscere col Demolombe (ivi) e colla citata decisione di Nîmes che la residenza provvisoria, che le è assegnata nel cominciamento del giudizio dal presidente, già costituisce, non assolutamente, ma in quanto al marito, un domicilio *ad hoc*, al quale costui deve dirigere gli atti che vuol notificare alla moglie. Permettere al marito di dirigere a sè stesso o nel suo proprio domicilio le notificazioni che deve fare alla parte avversaria, come precedentemente si era statuito da una decisione di Aix (3), sarebbe evidentemente abbandonarsi all'assurdo.

II. — Sotto il n.° II dell'art. 103 [108] abbiamo detto perchè il minore finchè non è emancipato, ed il maggiore quando è interdetto, non possono avere domicilio proprio. Poche parole restano ad aggiungere su questa parte del nostro articolo.

Come si scorge, non solamente le persone capaci hanno un domicilio, ma anche le incapaci. Il figlio, qualunque età avesse, ha già il suo, sia presso i suoi genitori, sia presso il suo tutore. Ciò richiede qualche spiegazione.

Ogni figlio è provveduto di domicilio dal momento stesso della sua nascita. Se è legittimo, egli ha lo stesso domicilio del padre, ancorchè la madre sua da costui fosse separata di corpo ed avesse perciò il suo proprio domicilio; poichè il padre, finchè vive, è quegli che trovasi rivestito della patria potestà, ed esercita i dritti civili de' figli suoi. Così, sebbene

bene il figlio fosse nato nel domicilio della madre, e continuasse a dimorarvi, quivi non avrebbe che una semplice residenza. Se poi è naturale, ha il domicilio di suo padre se sia stato da costui riconosciuto; quello di sua madre se ella lo riconosca; ed ove non sia riconosciuto nè dall'uno nè dall'altra, siccome allora non ri congiungesi più in dritto ad alcuna persona, è per lo fatto che si determinerà il suo domicilio, vale a dire che avrà il domicilio della persona che ne prenderà cura, poco importando che questa sia il padre, la madre od una estranea persona.

Non è mestieri dire che non intendiamo parlare della persona che s'incaricherebbe del fanciullo solo per prenderne cura mediante salario, e restituirlo in seguito a coloro che glielo avessero affidato; come per esempio farebbe una nutrice. Il fanciullo non avrebbe presso una tale persona che una residenza, poichè momentaneamente rimarrebbe presso la medesima, e non già per stabilirvisi. Intendiamo per contrario parlar di una persona che prenda questo fanciullo per sempre e che intenda tenerlo presso di sè; è chiaro che allora il fanciullo, per la forza stessa delle cose, si trova fissato nel luogo in cui questa medesima persona è stabilita. Ha dunque lo stesso domicilio di costei, quantunque la medesima lo desse ad allevare ad un'altra.

Quanto al figlio che si trova sotto tutela dal momento medesimo della nascita, egli è domiciliato presso il suo tutore, quand'anche avesse il padre o la madre. Imperocchè in questo caso non è a' genitori che la legge lo sottopone, ma al suo tutore, il quale è incaricato di rappresentarlo e di esercitarne in suo nome tutti i suoi dritti civili. Beninteso che ciò non gli impedirebbe di abitare presso di suo padre o sua madre, essendo il tutore, come vedremo nel titolo della tutela, incaricato solo della *persona civile*, e non della persona fisica.

Da ciò che abbiamo esposto ne segue che il figlio di un soldato, nascendo nel reggimento, non avrebbe il suo domicilio nel reggimento, come opinano Duranton (I, 360) e Demolombe (I, 361), ma nel luogo del domicilio del padre suo, di sua madre, o del suo tutore, giusta lo distinzioni precedenti. Non avrebbe nel reggimento che una semplice residenza. Difatti il soldato stesso, come il marinaio, non avendo siffatta qualità che momentaneamente, e avendo sempre, o pure presumendosi di avere la intenzione di tor-

novembre 1818 (Dev., 41, 2, 611; 48, 2, 753).

(2) Vedi la precedente nostra nota. (Nota del traduttore).

(3) Aix, 15 aprile 1839; Devill. e Car. 39, 2, 394.

(1) Pothier (*Intr. gen. alle cons.*, num. 10), Bouhier (*Cons. di Bourg.* cap. 22, n. 201), Proudhon e Valette (I, p. 214), Duranton (I—365), Richelet (I—242) Demolombe (I—358); Digione, 28 aprile 1807; Nîmes, 13 agosto 1841; Orleans, 25

narc, allorchè lo potranno, nel seno della loro famiglia, conservano sempre il domicilio che precedentemente avevano (1). — In una istruzione del ministro della guerra del 24 brumaio anno XII (tit. 2, sez. 2, osserv. sull'art. 94) è pure detto che i figli di truppa non hanno altro domicilio che le bandiere: ma bisogna riflettere che in questa istruzione del ministro non si tratta che del domicilio relativo al matrimonio, il quale, come abbiamo già osservato, non è lo stesso del domicilio propriamente detto, e consiste in una semplice residenza. Ora è chiaro che i figli di truppa hanno sempre avuto la loro residenza sotto le bandiere.

III. — Da ciò che si è innanzi detto si scorre che sovente si può essere domiciliato in un luogo in cui non si abita, e nel quale forse giammai si abiterà. Così una persona domiciliata in un comune vicino a Rouen accetta l'impiego di consigliere della corte di appello di questa città, e continua a dimorare nello stesso comune; il suo domicilio non è più a Rouen. Una donna domiciliata a Parigi sposa un commerciante che ha il suo principale stabilimento e il suo domicilio a San Dionigi; ella, dopo il suo matrimonio, continua ad avere la sua residenza in Parigi nella propria famiglia; non pertanto sarà domiciliata a San Dionigi. Una vedova, che ha il suo domicilio e la sua residenza a Versailles, ivi partorisce un figlio, il quale si trova sotto tutela dal momento della sua nascita, ed il cui tutore è domiciliato a Parigi; questo fanciullo, che proseguirà ad abitare con la madre a Versailles, sarà domiciliato a Parigi, e, se posteriormente il suo tutore trasferisce il suo domicilio a S. Cloud, anche il fanciullo avrà cambiato domicilio, abbenchè sia sempre rimasto residente nel medesimo luogo. Si vede dunque che, quando abbiamo detto sotto il n.° I dell'art. 103 [108] che il domicilio si acquista *facto et animo*, abbiamo stabilito una proposizione che è vera per principio, ma che patisce eccezione tutte le volte che il domicilio è determinato non secondo la intenzione reale della persona, ma secondo la intenzione fittizia che la legge le attribuisce o le suppone.

109 [114]. — I maggiori di età, che servono o lavorano abitualmente in casa altrui, avranno lo stesso domicilio delle persone a cui servono, o in casa delle quali lavorano, qualora abiteranno con esse nella stessa casa.

I. — Anche in questo articolo la legge stes-

(1) Arresti della corte suprema, 11 vendemmiale anno XIII, 4 marzo 1826.

sa determina il domicilio della persona, prendendo in considerazione una intenzione che le attribuisce, benchè nel fatto ella possa averne una intenzione contraria. Invero può avvenire, e spesso avviene, che un domestico; travagliando e dimorando abitualmente presso una persona, abbia la intenzione ben ferma di non restarvi che provvisoriamente, per tornare dopo alcuni anni a stabilirsi nel suo paese. Ciò nuovamente ci pruova che, se la legge determina il domicilio secondo la intenzione della persona, non è però sempre secondo un'intenzione reale, ma sovente secondo un'intenzione fittizia e supposta dalla legge medesima.

Del resto in tal caso con l'intenzione concorre il fatto dell'abitazione; ed è anche precisamente da questo fatto che parte la legge per presumere l'intenzione.

Merchè il ravvicinamento del precedente articolo diviene chiaro che la disposizione del nostro art. 109 [114] è troppo ampia sotto un rapporto, e sotto di un altro troppo ristretta, di guisa che deve subire una duplice modificazione.

Infatti questo articolo parla di tutti i maggiori di età, e non parla che di essi soltanto; ora mentre da un lato vi sono maggiori che non possono avere domicilio proprio, nè presso la persona ove lavorano, nè altrove, quali sono le donne maritate non separate di corpo; da un altro lato, vi sono minori (quelli emancipati) che hanno il loro proprio domicilio, e che in conseguenza saranno sottoposti alla disposizione del nostro articolo.

Erroneamente d'altronde, come lo fa benissimo osservare il Valette (l. p. 248), Proudhon classifica sotto la regola del nostro articolo il fittaiuolo che si stabilisce nel mio fondo; perchè il mio fittaiuolo non è un uomo da me stipendiato; egli non mi serve nè lavora per me; egli è padrone di sè stesso come ogni locatario, e per sè lavora. Senza dubbio per la maggior parte del tempo, ad eccezione però di particolari circostanze, avrà il suo domicilio nel podere; ma ciò avviene soltanto perchè egli ha ivi il suo stabilimento, e in niun modo per effetto della regola del nostro articolo.

110 [115]. — Il domicilio del defunto determina il luogo dove si apre la successione.

I. — Finchè una successione non è divisa fra gli eredi, dalla legge è considerata come un essere morale che abbia il suo proprio domicilio, e contro del quale od in suo favore si possa stare in giudizio. Quelli dunque che vantano dritti da esercitarsi contro il defunto non han bisogno di andare a litigare co' diversi eredi, forse dispersi in vari

luoghi, e di citarli ciascuno nel loro particolare domicilio; agiranno contro la successione, il cui domicilio, come si osserva dal nostro articolo, e dall'art. 59 sesto comma del cod. di proced. (1), sarà quello che aveva il defunto nel tempo della sua morte.

§ 111 [116]. — Quando in un atto le parti, o una di esse, avranno fatta per l'esecuzione dell'atto medesimo elezione di domicilio in un luogo diverso da quello del loro domicilio reale, le citazioni, le domande, e i procedimenti relativi a questo atto si potranno fare al domicilio convenuto, ed avanti il giudice del medesimo domicilio.

SOMMARIO

- I. Utilità del domicilio convenzionale. Attribuzione facoltà e non obbligo d'intentar ivi le procedure, a meno che l'elezione non abbia avuto luogo nell'interesse di colui che la fa.
- II. L'elezione di domicilio è talvolta forzosa.
- III. I diritti e le obbligazioni risultanti dall'elezione di domicilio possono agli eredi e rappresentanti delle parti contrattanti.
- IV. Che cosa avviene del domicilio di elezione quando la persona presso di cui lo scelto muore o cessa di esistere?
- V. Al pari di tutte le altre la elezione nel domicilio non risulta che da una volontà esclusivamente manifestata.
- VI. Si possono avere più domicilii convenzionali.

I. — Da questo articolo si scorge che oltre del domicilio reale, che necessariamente ha ogni persona, ciascuno può ancora scegliersene uno convenzionale per qualche particolare circostanza. Questa facoltà, come si comprende, è accordata nello scopo di facilitare le convenzioni. Infatti una persona che dimora a Rouen non acconsentirebbe volentieri a far con un individuo domiciliato a Bordeaux un contratto per lo quale quest'ultimo si mostrasse premuroso, qualora avesse a temere di esser poscia nella necessità di andare a litigare a Bordeaux per le controversie che si potrebbero elevare. Ora questo timore svanirà mediante l'elezione di domicilio fatta a Rouen dall'abitante di Bordeaux. Del resto la ragione ed il testo stesso della legge ne dicono che quegli, nell'interesse del quale abbia avuto luogo l'elezione di domicilio non è obbligato di agire a questo domicilio, il che è per lui un beneficio al quale può rinunciare. Le istanze potranno, dice l'articolo, esser fatte nel domicilio convenuto; dunque potrebbero anche esser fatte al domicilio reale: ed è chiaro che colui che abbia eletto il domicilio non potrebbe querelarsene, poichè anche per lui si eviterebbe un incomodo, al quale non avea consentito che

per la maggiore comodità di colui che seco ha contrattato. D'altronde lo stesso formalmente dicesi nella fine dell'art. 59 del codice di procedura (2).

Tuttavia si comprende che bisognerebbe dare una decisione contraria, qualora fosse manifesto, sia per una dichiarazione espressa, sia secondo le circostanze, che la elezione del domicilio fosse stata fatta nell'interesse di ciascuna delle parti, o nell'interesse unico di quella che la fece. In tal caso agendosi al domicilio reale sarebbe l'altra parte quella che violerebbe la convenzione; essa dovrà dunque agire presso il domicilio eletto (così giudicato con decisione della corte di appello di Rouen; il ricorso prodotto contro la medesima fu rigettato li 2 febbraio 1826.)

Da tutto ciò si deduce che in ogni caso dovrà decidersi secondo la intenzione delle parti; per la ragione che qualunque convenzione deve eseguirsi secondo la volontà di coloro che l'hanno formata (art. 1134, 1136 [1088, 1109]).

II. — Vi sono de' casi in cui l'elezione di domicilio non è più semplicemente facoltativa, ma dalla legge renduta obbligatoria, come può osservarsi negli art. 176 [185] e 2148 [2042] del codice civile, e nell'art. 61 [153], n. 1. del codice di procedura.

III. — Abbiain di già detto che un crede è il rappresentante e la continuazione della persona alla quale succede. E dunque sottoposto a tutte le obbligazioni della medesima. Da ciò ne segue che, se colui che avea eletto domicilio muore, questo domicilio continuerà a restar fermo contro i suoi eredi, e che vi si potranno fare contro di essi tutte le intimazioni e procedure che vi si avrebbero potuto fare contro il defunto. Non pertanto diversamente avverrebbe, qualora però risultasse da una clausola espressa dell'atto, dalle circostanze, che l'intenzione delle parti era di stabilire questo domicilio soltanto per la persona che lo eleggeva.

Reciprocamente non è dubbio che il dritto che ha l'altra parte di litigare al domicilio convenzionale si trasmetterebbe ai suoi eredi ed anche ai suoi cessionari, donatari, od aventi causa, pochè quanto al credito o dritto qualunque ad essi trasmesso, costoro sono i rappresentanti di colui che ha contrattato, e per conseguenza hanno la stessa sua facoltà (Colmar, 5 agosto 1809).

IV. — Ma che decidere se muore la persona presso la quale il domicilio fu eletto? Bisognerà distinguere: se la volontà di chi l'ha scelto si è determinata in vista di una

(1) Vegg. l'art. 451 comma sesto delle nostre leggi di procedura ne' giudizi civili in corrispondenza dell'articolo ora citato dall'autore. (Nota del trad.)

(2) V. la nota precedente. (Nota del traduttore).

considerazione personale per colui presso del quale il domicilio è stato stabilito, lo stesso cesserà di esistere per la morte di costui; ma allora la parte che aveva chiesta questa elezione di domicilio potrà esigere dall'altra che ha seco lei contrattato che immediatamente ne scelga un altro nello stesso luogo. Se al contrario meno alla persona che alla tal casa o stabilimento si è fatta attenzione, per esempio se nello studio del notaio ove l'atto è stato ricevuto, o nell'ufficio di un determinato funzionario si è stabilito il domicilio, esso continuerà dopo la morte o la dimissione della persona. Se poi lo studio o lo stabilimento qualsiasi venisse soppresso, è chiaro che il domicilio non più esisterebbe, e che vi sarebbe luogo a richiederne la elezione di uno nuovo.

Quest' intenzione di appiagliarsi alla casa per se stessa non sarebbe dubbia, se almeno nel suo proprio domicilio reale avesse stabilito il domicilio convenzionale. In questo caso il domicilio di elezione continuerebbe ad esistere nel medesimo luogo anche dopo che la persona avesse altrove trasferito il suo domicilio reale; difatti questo è il solo senso che potrebbe avere l'elezione di domicilio fatta in tal modo (arresto conforme della corte di appello d'Amiens, del 3 aprile 1829; altro della corte di cassazione del 21 gennaio 1816).

Che bisognerebbe dire se la persona presso di cui era eletto il domicilio lo cambiasse? Applicheremmo ancora la distinzione che abbiamo fatta di sopra, e diremmo che se il domicilio non fosse stato scelto in considerazione della stessa persona, continuerebbe nel medesimo luogo, malgrado il suo cambiamento, come ivi continuerebbe malgrado della morte di essa; ma se a causa della persona stessa si è scelto, è chiaro che non può più esistere nella casa ove precedentemente si trovava.

Ma esisterebbe allora nel nuovo domicilio di questa persona? È uopo nuovamente distinguere; difatti se il nuovo domicilio di questa persona sia lontano dall'antico, se sia nella giurisdizione di un altro tribunale, vale a dire in un altro circondario, il domicilio di elezione non può restar più presso di questa persona; è dunque annullato, e vi ha luogo a chiederne un nuovo. Ma se il nuovo domicilio della persona è nella giurisdizione dello stesso tribunale, se soprattutto è nello stesso comune, siccome siffatto cambiamento non nuoce in nulla agli interessi di colui che avrebbe richiesta l'elezione, e che d'altronde non si può supporre che abbia avuto nel tempo del contratto la volontà d'impedirlo, il domicilio si troverà sempre presso di questa persona.

Le quistioni che si presentano su tale materia Marcadé T. I.

teria, come si comprende, dovranno decidersi secondo la intenzione presunta delle parti; allorché dunque costoro avranno chiaramente espressa la loro volontà, e prevedute le diverse circostanze che potrebbero presentarsi, nessun dubbio intorno a ciò potrà esser promosso.

V. — Del rimanente è chiaro che per stabilire un domicilio di convenzione, come per formare qualunque altro contratto, bisogna che questo risulti da una formale dichiarazione, o da un concorso di circostanze che non lascino dubbio sulla volontà della persona. Così, per esempio, dalla circostanza che si fosse indicato il tale luogo onde ricevere il pagamento di un bono o la restituzione di un prestito, non risulterebbe che siasi inteso di fare elezione di domicilio in quel luogo; dappoiché siffatta circostanza non prova che tale sia la volontà del debitore (1).

VI. — Si comprende perfettamente che, quando abbiain detto di sopra che non si possono mai avere due domicilii, non parlavamo che del domicilio reale. Difatti è evidente che, oltre di questo domicilio reale, si possono avere due, tre, quattro o più domicilii convenzionali.

RIASSUNTO DEL TITOLO TERZO.

DEL DOMICILIO.

I. — Il domicilio è la sede, puramente naturale e giuridica, che la legge attribuisce a ciascuna persona per l'esercizio de' dritti esistenti a favore o contro di essa.

Il domicilio è politico o civile, secondo che si tratta dell'esercizio de' dritti politici o civili. Di quest'ultimo solamente si tratta nel presente titolo.

È a distinguersi il domicilio civile ordinario dal domicilio relativo al matrimonio. Quest'ultimo si stabilisce con sei mesi di abitazione, ed in conseguenza consiste in una semplice residenza.

Il domicilio propriamente detto differisce essenzialmente dalla residenza. Difatti esso esiste nel luogo in cui la persona trovasi più specialmente stabilita, pel quale ha maggiore predilezione, ed al quale ha sempre l'idea di tornare, allorché se ne allontana per un tempo più o meno lungo (art. 102 [107] (2)).

II. — In conseguenza di ciò il domicilio non si può determinare che considerata l'intenzione della persona. Ma in molti casi la legge lo stabilisce direttamente, secondo una

(1) Colmar, 9 luglio 1806; cassazione 29 ottobre 1810.

(2) V. nota (1) pag. 169. (Nota del traduttore).

intenzione fittizia che attribuisce alle persone, ed evidentemente allora non vi ha più luogo di darsi pena della intenzione reale, nè di ricercarla. Al contrario ne' casi ordinari, e quando dalla intenzione reale deve risultare il domicilio, è mestieri di ricercare questa intenzione. Allorché quando la medesima non sia stata manifestata merchè la dichiarazione che secondo il voto della legge dev'essere fatta alla municipalità, si stabilirà secondo le circostanze del cui valore, in caso di contestazione, spetta ai tribunali giudicare (art. 102 — 103 [107—110]).

Ogni fanciullo sin da che nasce ha un domicilio. Egli l'ha presso suo padre, se è figlio legittimo, o figlio naturale che il padre abbia riconosciuto; presso sua madre, se, essendo figlio naturale, non sia stato riconosciuto che dalla medesima; se poi non sia riconosciuto nè dal padre nè dalla madre sua, l'avrà presso la persona che lo prenderà a suo carico. Infine, se questo figlio trovasi sotto tutela dal momento stesso della sua nascita, avrà il domicilio presso il suo tutore (art. 108 [113] (1)).

III.—Questo domicilio di origine, come in generale qualunque domicilio, non si può perdere senza che un altro ne sia acquistato e venga a surrogarlo; reciprocamente, un domicilio posteriore non può essere acquistato senza che il primo cessi d'esistere. Difatti secondo la teorica della legge non può esservi nè perdita di domicilio, nè acquisto assoluto di nuovo domicilio, ma solamente sostituzione di un domicilio ad un altro, cioè *cambiamento* di domicilio. Da ciò ne segue che niuno può avere due domicilii, nè non averne alcuno (art. 103 [108], III).

Tuttavia per eccezione rarissima può esservi perdita pura e semplice di domicilio, ed allora la persona si troverà necessariamente senza domicilio. Allora inoltre vi sarà luogo ad acquisto anche puro e semplice di un domicilio posteriore. Siffatto acquisto puro e semplice ha anche necessariamente luogo pel domicilio di origine. In quanto alla regola che non si possono avere più domicilii, essa non soffre mai eccezione; ma può avvenire che nel rapporto di una persona le cose procedano in modo da farla considerare come se avesse più domicilii, sebbene in realtà non ne abbia che un solo (ivi, IV).

IV.—Una volta acquistato il domicilio, si conserva *solo animo*, con la sola volontà della persona, e senza esservi bisogno di un'attuale residenza. Per l'opposto onde acquistarlo è mestieri per regola il concorso dell'abitazione reale nel luogo novello e della intenzione di rimanervi stabilito (art. 103 [108], I).

Ma questa regola soffre anche eccezione tutte le volte che la legge medesima attribuisce alla persona l'intenzione di avere il tal domicilio.

Così 1° il cittadino che accetta impieghi a vita, pel solo fatto dell'accettazione perde il suo domicilio e ne acquista un altro nel luogo in cui gli impieghi debbono essere esercitati (art. 107 [112]).

2° Le persone che sono o che la legge dichiara incapaci di avere un domicilio proprio, avendo sempre il loro domicilio presso la persona alla quale trovansi uniti (la donna maritata quello di suo marito, eccetto quando sia separata di corpo, o tutrice del suo marito interdetto; l'interdetto quello del suo curatore; il minore non emancipato quello del suo tutore, o se non è ancora sotto tutela quello di suo padre o di sua madre, o della persona che ne assume il carico, giusta le sposte distinzioni); queste persone diciamo avendo sempre lo stesso domicilio della persona alla quale la legge le unisce, ne segue che potranno acquistare un domicilio senza alcuna abitazione reale, e cambiarlo più volte senza cessare per un istante di abitare nel medesimo luogo (art. 108 [113] (2)).

In questi differenti casi il domicilio primitivo è annullato, ed il secondo nasce pel solo effetto dell'intenzione fittizia che la legge suppone nella persona, e non ostante il possibile concorso di una intenzione reale contraria, e di una residenza del pari contraria. Del resto vi ha un caso in cui l'intenzione, benchè ancora supposta dalla legge, concorre non pertanto necessariamente col fatto della abitazione, perchè da tal fatto la legge presume l'intenzione. Questo caso è quello in cui degli individui, capaci di avere un domicilio proprio, lavorano e dimorano abitualmente presso altri. Sono essi dichiarati dalla legge domiciliati appo la persona ove lavorano. Ma se in questo caso l'intenzione attribuita dalla legge è conforme all'abitazione, essa come negli altri casi può ben essere contraria all'intenzione reale della persona (art. 109 [114]).

V.—I principali effetti del domicilio sono di determinare: 1° il luogo dove si apre la successione; 2° quello in cui gli atti di qualunque specie possono essere validamente intimati come se lo fossero alla stessa persona; 3° il tribunale innanzi al quale una persona può essere citata in materia personale. In materia reale il tribunale competente è quello nel cui circondario è sito l'immobile (art. 110 [115], e osservaz. prelim. del titolo).

VI.—Ciascuno può scegliersi per un affare particolare, per l'esecuzione di un contratto,

(1) V. nota (3) pag. 469. (Nota del traduttore).

(2) V. la nostra nota (2) pag. 473. (Nota del trad.)

a mo' di esempio, oltre del domicilio reale, un domicilio convenzionale, al quale potranno farsi le citazioni e le procedure relative a tale esecuzione.

Le diverse quistioni, che si potrebbero presentare intorno al domicilio in tal guisa scelto, dovranno tutte risolversi secondo l'intenzione che le parti avranno avuta nel contrattare. In effetti si riassumeranno sempre in una interpretazione della convenzione (art. 111 [116]).

TITOLO IV.

Degli assenti.

(Decreto li 45 marzo 1803—promulgato li 25).

I. — Può avvenire che una persona, a disegno o diversamente, scomparisca dal suo domicilio o dalla sua residenza, senza che si sappia ciò che ne sia divenuto; può anche avvenire che, partita prima con informare i parenti e gli amici della causa del suo allontanamento, cessi in seguito di dare sue notizie, senza che alcuna circostanza venga a spiegarne il silenzio. Nell'uno e nell'altro caso vi ha incertezza se questa persona sia morta o esista tuttora. Ora l'interesse di questa persona, se tuttavia esiste, quello de' suoi creditori e degli eredi presuntivi, quello della società medesima, alla quale importa che la proprietà de' beni non resti mai nell'incertezza, e la loro amministrazione in sospeso, richiedono che si prenda cura dell'amministrazione e, se vi ha luogo, della trasmissione de' beni da essa abbandonati; il legislatore dunque ha dovuto prevedere sì tutto caso. Di tali persone, sotto il nome di *assenti*, la legge tratta nel presente titolo.

La parola *assente* in esso non ha dunque lo stesso significato che nell'ordinario linguaggio, in cui è sinonima di *non presente*. In questo titolo vuol dire un individuo intorno all'esistenza del quale vi ha incertezza.

Oltracciò questo non è che il significato generico della parola; perocchè in un senso più ristretto la legge chiama specialmente *assente* colui del quale sia stata constatata e pronunciata l'assenza con un giudicato speciale dopo la scadenza dei termini richiesti e l'adempimento delle precauzioni e delle formalità che ha creduto necessarie: quanto agli altri, da essa è loro dato il nome di *presunti assenti*.

II. — Il presente titolo, la cui divisione del resto, come si vedrà, è pochissimo logica, è diviso in quattro capitoli.

Il primo si occupa della presunzione dell'assenza.

Il secondo della dichiarazione giudiziaria dell'assenza.

Il terzo degli effetti dell'assenza dichiarata; ma contiene delle disposizioni comuni al caso di assenza dichiarata ed a quello di assenza semplicemente presunta.

Il quarto infine tratta degli effetti dell'assenza presunta quanto a' figli minori lasciati dall'assente.

Sin da ora si comprende che il primo e quarto capitolo non avrebbero dovuto formare che due sezioni di un medesimo capitolo, cioè del primo, che avrebbe dovuto parlare della presunzione di assenza e di tutti i suoi effetti. Lo stesso dovrebbe essere de' capitoli secondo e terzo, che avrebbero dovuto costituire un secondo capitolo trattante della dichiarazione di assenza e di tutti i suoi effetti. Nel terzo ed ultimo capitolo avrebbero dovuto raccogliersi le disposizioni comuni sì alla presunzione come alla dichiarazione di assenza.

Non pertanto in questa, come in ogni altra materia, seguiremo l'ordine degli articoli, salvo a presentarne nel nostro riassunto una più metodica classificazione.

III. — Questo titolo è tra tutti quelli del nostro codice il più difficile a studiare, e crediamo doverlo dichiarare sin dal cominciamento della sua spiegazione. L'incertezza che regna dappertutto, sulla vita o sulla morte dell'assente, dà a prevedere o ad esaminare molte diverse ipotesi; le supposizioni necessarie, ora di vita, ora di morte, conducono a misure talvolta definitive, spesso soltanto provvisorie; la successione di tali misure, in cui il provvisorio sovente non è che dal provvisorio sostituito, si trova talora sì complicata, che l'insieme di questa materia si presenta come un laberinto in cui il lettore si smarrirà certamente qualora con assiduità non si faccia a percorrerlo con la più seria attenzione. Un'occhiata che volgesi sul sommario dell'art. 121 [130] (1) potrà bastare per comprendere quanta attenzione havvi d'uopo per ben intendere questo titolo.

A motivo di una sì grande difficoltà della materia, e per maggiormente concentrare la nostra attenzione e quella del lettore su ciascuna delle idee principali e sulla loro connessione, abbiamo creduto di dover essere sul proposito molto sovrà di quistioni e di citazioni di autori o di arresti. Abbiamo stimato che nella materia che ora ci occupa, più che altrove, occorrerebbe portare una minuziosa cura nel classificare logicamente le idee, ed approfondire il soggetto anche più che non siasi praticato finora, affia di meglio imprimere questi principj nella mente e di

(1) Veggasi il detto sommario citato dall'autore alla pag. 193. (Nota del traduttore).

consegnarli più solitamente fra loro. — Possiamo sperare di avere presso a poco ottenuto questo scopo, poichè in un rendiconto, di cui è stato oggetto la coscienziosa opera del sig. Demolombe, e nel quale si mettono in rilievo le eminenti qualità del suo lavoro, leggiamo che, mentre gli altri autori lasciano interamente questa materia in una linea secondaria, il nostro commentario l'approfondisce e la discute con cura, e che le sue dottrine e divisioni più d'una volta hanno ispirato il sig. Demolombe nel suo eccellente trattato degli assenti (*Riv. di legislazione*, del 1845, t. III, p. 118-119) (1).

CAPITOLO I.

DELLA PRESUNZIONE D'ASSENZA.

118 [118]. — Se sia necessario di provvedere all'amministrazione di tutti o di parte de' beni, lasciati da una persona presunta assente, e che non abbia stabilito procuratore, vi sarà provveduto dal tribunale di prima istanza a richiesta delle parti interessate (2).

SOMMARIO.

- I. Quando anche esiste un mandatario, l'assenza di luogo a prendere tale misura dopo un lungo tempo.
- II. Può avvenire che non vi sia alcuna misura da prendersi immediatamente, o che non vi sia procuratore; e in quest'ultimo caso può in seguito darsi luogo a provvedersi all'assente sia per mezzo di un mandatario.
- III. Le parti interessate in questo caso sono i creditori, i locatari e i soci, ecc.
- IV. Messo per gli eredi premortui di far provvedere all'amministrazione de' beni.
- V. Il tribunale del luogo dove non vi è beni deve ordinare la notifica, ma non può se non quando il tribunale del domicilio abbia constatato la presunzione di assenza. Diversa opinione del sig. Demolombe.
- VI. Facoltà per provocare la sentenza del tribunale.
- VII. Il tribunale, se la giudice opportuna, può nominare un curatore all'assente.

I. — Allorquando una persona si è allontanata per circostanze straordinarie, ed abbia lasciato un mandatario incaricato dell'amministrazione de' suoi beni, è chiaro che per la giustizia non vi ha luogo ad occuparsi di tale amministrazione. Tuttavia se l'assenza della persona, anche nel caso che abbia

lasciato un procuratore, si prolungasse per troppo lungo tempo, cioè per dieci anni, ai termini dell'art. 121 [127] (3) vi sarà luogo ad invocare la dichiarazione di assenza, la quale, secondo l'art. 115 [121], potrebbe esser domandata dopo quattro anni, ove non vi esistesse procuratore.

II. — Se non siavi procuratore, e l'amministrazione de' beni sia irregolare, secondo il nostro articolo, il tribunale può ordinare tutte le misure che giudicherà opportune. Ma bisogna che ve ne sia necessità, ai termini della stessa legge. Sedunque un parente o un amico dell'assente è quivi, il quale invigili alla riparazione de' beni, alla loro locazione, al pagamento de' creditori che l'assente potrebbe avere, e che in conseguenza niuno ne levi lamento, non vi sarà luogo ad ordinarsi alcuna misura giudiziaria. Sicchè soltanto a richiesta delle parti interessate il tribunale dovrà deliberare.

Per l'opposto, ancorchè un procuratore fosse stato lasciato dall'assente, se questo procuratore non avesse poteri molto estesi per far fronte a tutti i bisogni dell'amministrazione, è chiaro che in quanto a ciò che non comprende il mandato, bisognerebbe agire come se questo mandato non esistesse; perchè sotto tal rapporto non v'è procuratore.

III. — È chiaro che le parti interessate di cui parla il nostro articolo sarebbero i creditori che vedessero deteriorare e scembari i beni che sono la tutela de' loro crediti (art. 2093 [1963]); i locatari per le riparazioni urgenti; i soci del presunto assente, o tutti gli altri aventi un interesse diretto ed attuale. Infatti ogni qualvolta la legge parla d'interessati è da intendersi delle persone che abbiano un interesse attuale.

Dunque il nostro articolo sotto il nome di parti interessate non comprende gli eredi presuntivi del presunto assente ancorchè fossero suoi figli. Perchè, non avendo essi attualmente su' beni alcun dritto acquistato, ma soltanto una speranza, non potrebbero avere un interesse diretto ed attuale. Senza dubbio potrebbe avvenire che insiememente concorressero un interesse attuale e la qualità di erede presuntivo, ed allora si avrebbe dritto ad agire; ma sarà sempre l'interesse attuale,

enì corrisponde il nostro art. 118, come nella seguente nota vedremo. (*Nota del traduttore*).

(2) Il nostro articolo ha soppresso le parole dell'articolo francese, e che non abbia stabilito procuratore, in conseguenza di essersi aggiunto nelle nostre leggi l'articolo 117; vedasi nel proposito la nota precedente. (*Nota del traduttore*).

(3) V. la nota (1) pag. 188, circa la modifica portata dal nostro articolo all'articolo francese. (*Nota del traduttore*).

(1) Con maggior criterio del codice francese le nostre leggi civili incominciano il titolo degli assenti con dare la definizione di coloro che si presumono assenti dal legislatore; e questa definizione forma l'oggetto del nostro art. 117, aggiunto nelle nostre leggi, e che è del tenor seguente: — « Si presume assente chiunque si allontani dal suo domicilio o dalla sua residenza, senza che abbia un legittimo procuratore, e senza che si abbiano di lui notizie. » — Al contrario nel codice francese questa idea è balenata soltanto nell'art. 112,

non il titolo di erede, che accorderà questo dritto.

IV. — Potrà nondimeno avvenire che i beni si lascino deteriorare senza che vi esista alcun creditore, nè altro individuo avente dritto attuale, e quindi mancanza di qualità per rivolgersi alla giustizia e far provvedere all'amministrazione. Or, non si potrebbe lasciar durare un simile stato di cose; l'interesse del presunto assente, se vive tuttora, quello dei suoi eredi, se sia morto, ed in ogni modo quello della società, vi si oppongono. Così in questo caso ancora è la legge stessa che ci offre un mezzo per far deliberare dal tribunale.

In realtà, essendo sempre reputato vivente il presunto assente, egli ha interesse diretto ed attuale per la buona amministrazione de' suoi beni; ora, secondo l'art. 114 [120], il ministero pubblico è incaricato di vegliare agli interessi de' presunti assenti; potrà dunque agire di ufficio per far ordinare le misure necessarie, e gli eredi presuntivi del presunto assente potranno rivolgersi a lui e fargli conoscere lo stato delle cose onde provocarne l'azione.

V. — Ma qual è il tribunale a cui dovranno dirigersi le parti interessate per far prescrivere le necessarie misure?

Siffatte misure debbono essere ordinate naturalmente dal tribunale del luogo dove son siti gl'immobili per cui si richieggono. Ma non sempre sarà uopo rivolgersi direttamente a questo tribunale.

Infatti la legge non permette ai tribunali di occuparsi dell'amministrazione de' beni di una persona, se non quando è necessario di farlo, e che per essa vi sia presunzione di assenza. Pria che una sentenza possa prescrivere qualche misura, bisogna che si constati: 1° che l'individuo sia da qualche tempo scomparso senza che si sappia ciò che ne è divenuto; e 2° che i suoi beni siano in deterioramento. Ora, se questo secondo punto può essere verificato dal tribunale sotto la cui giurisdizione son posti i beni, il primo non può esserlo che da quello del domicilio della persona, il solo suscettivo a raccogliere intorno a ciò le necessarie dilucidazioni. Al tribunale del domicilio adunque è uopo prima dirigersi per far verificare la presunzione di assenza, e poscia bisognerà rivolgersi al tribunale del luogo ove son siti i beni, se sia diverso; di guisa che in questo caso saranno profferite due sentenze. Se poi il tribunale del domicilio e del luogo ove son siti i beni è lo stesso, è chiaro che basterà una sola sentenza.

Così il nostro articolo è stato inteso da' redattori del codice; perocchè la necessità di due sentenze, nel caso che abbiamo indicato, è stata altamente proclamata nelle discussioni al consiglio di stato. Malgrado siffatta circo-

stanza Demante, adducendo in sostegno che non trovasi questo pensiero de' redattori formulato in una espressa disposizione, stima che una sola sentenza basterà sempre, e che altro obbligo non siavi oltre quello di dirigersi al tribunale che deve prescrivere le misure da adottarsi (*Enciclopedia del Dritto, v.° Assenza*).

Non sapremmo uniformarci a questa opinione. Affinchè ne' casi del presente articolo un tribunale possa ordinare delle misure, è uopo giusta lo stesso articolo che si trattasse de' beni di una persona *presunta assente*; ora, a mo' d'esempio, non è il tribunale di Strasburgo che può esaminare e decidere se per una persona, il cui domicilio, la famiglia, il centro degli affari, si trovino a Dieppe, siavi o pur no presunzione di assenza. Potrebbe dichiararla tale nel momento stesso del suo ritorno! . . . E dunque soltanto in vista della verificazione fatta dal tribunale di Dieppe che, a parer nostro, gli altri tribunali potranno ordinare le necessarie misure.

Del resto si comprende di non essere necessario che il tribunale del domicilio profferisca una nuova sentenza ogni volta che sarà questione di ordinare qualche misura; quella ottenuta per una determinata circostanza basterà per le circostanze susseguenti, purchè si succedano dopo breve tempo e non vi sia luogo a credere che l'assente nell'intervallo possa esser tornato.

VI. — Secondo l'art. 859 [937] del codice di procedura, e nel caso del nostro articolo, per ottenere la sentenza del tribunale si presenta una domanda co' documenti giustificativi al presidente, che destina un giudice per farne rapporto, e poi la sentenza è proferita sulle conclusioni del procuratore della repubblica.

VII. — Altra volta cravi una consuetudine, generalmente ammessa, di dare all'assente, a richiesta delle parti interessate, un curatore, il quale, fino alla immessione in possesso, di cui si parlerà nel seguente capitolo, era incaricato di attuare tutte le misure e di adempiere a tutti gli atti che richiedeva l'interesse dell'assente medesimo. Nessuna disposizione del nostro codice richiede siffatta nomina del curatore, ma nulla si oppone perchè essa abbia luogo. La generalità de' termini del nostro articolo, permette ai tribunali di destinare, giusta tale antica consuetudine, un mandatario incaricato di porre in esecuzione, durante il suo mandato, le varie misure necessarie, e non permette loro poi di ordinare qualche particolare provvedimento se non ogni volta che lo richiederà il bisogno (1).

(1) *Conf. Duranton* (I-406); *Demante Enciclop.* n. 51, *De molombe* (I-36).

118 [119]. — Il tribunale, sulla istanza della parte che ha prevenuto, destinerà un notaio a rappresentare i presunti assenti nella formazione degli inventari, de' conti, delle divisioni e liquidazioni in cui saranno interessati.

SOMMARIO.

- I. La nomina del notaio non ha luogo se l'assente abbia lasciato un mandatario generale.
- II. Un solo notaio non può rappresentare più assenti per la stessa operazione. Quello che rappresenta un assente non può stipulare atti del suo ministero nelle medesime operazioni.
- III. Il tribunale può anche nominare un notaio per procurare in nome dell'assente le operazioni di cui si tratta.
- IV. Il tribunale del luogo della successione o della società nominerà il notaio; ma dopo che quello del domicilio avrà verificata la presentazione di assente.
- V. Le successioni di cui parla l'articolo sono esclusivamente quelle non ancora liquidate, ma già aperte nel tempo della scomparsa del presunto assente.

I. — L'articolo precedente in generale si occupa di tutte le misure, qualunque esse siano, che possa richiedere l'interesse del presunto assente, e lasciano a tale riguardo la più grande latitudine ai tribunali. Il presente prevede un caso particolare, quello di divisioni, di conti ec., ne' quali il presunto assente fosse interessato, e prescrive che il tribunale destini un notaio per rappresentarlo. Del resto si comprende che questa particolare misura, come qualunque altra, non dovrebbe essere adottata qualora il presunto assente avesse lasciato un mandatario generale; poichè questo mandatario avrebbe qualità per rappresentarlo nell'operazione, ed i tribunali, come abbiamo osservato, non debbono immischiarsi negli affari degli assenti se non per quanto ve ne sia necessità.

II. — Senza dubbio, giusta lo spirito del nostro articolo, un solo notaio non potrebbe insieme rappresentare più presunti assenti.

L'art. 942 [1018] (1) del codice di procedura, sotto il titolo dell'*inventario*, ben dice, che dev'esser fatto in presenza di tutti gl'interessati, e che quelli intanto che dimorassero al di là di cinque miriametri potranno tutti essere rappresentati da un solo notaio, nominato dal presidente del tribunale. Ma si comprende che non vi è alcuna analogia fra i due casi: nell'art. 942 [1018] si tratta soltanto d'una rimozione di suggelli e dell'inventario che la segue, e gl'interessati sono semplici *non presenti* che dimorano poco lungi dal luogo e che al primo istante vengono di persona a presentarsi; nella nostra ipotesi si tratta di rappresentare gli *assenti* nelle operazioni

importanti in cui ciascuna parte può avere un interesse opposto; oltracciò il notaio non è nominato con una semplice ordinanza del presidente, ma con una sentenza del tribunale.

Il notaio così nominato non potrebbe, come notaio, stipulare atti del suo ministero nelle operazioni in cui interviene qual rappresentante di un assente; la legge del 29 settembre e 6 ottobre 1791 (tit. I, sez. 2, art. 7) espressamente lo vietava. Ed in fatti, la qualità di mandatario di un individuo, parte in un atto, non è compatibile con quella d'uffiziale pubblico che riceve questo atto. L'uffiziale pubblico è l'agente di tutte le parti, e non si può specialmente incaricare degli interessi di una di esse in preferenza di un'altra. Dunque dal momento in cui il notaio, per la sua qualità di rappresentante dell'assente, diventa una delle parti interessate nell'atto, più non può essere uffiziale pubblico competente per redigere quest'atto medesimo.

III. — Il nostro articolo non sembra avere in vista che i conti, gl'inventari, ec. da altri dimandati contra l'assente. Non è dubbioso intanto che il tribunale non può, anche qualora lo richiedesse l'interesse del presunto assente, nominare un notaio per provocare da sè stesso queste operazioni in nome dell'assente. Lo spirito della legge non può lasciare incertezza su tal punto; ed in mancanza del nostro articolo, se si reputasse insufficiente per motivare siffatta decisione, noi l'appoggeremmo sull'articolo precedente, il quale prescrive che i tribunali ordineranno tutte le misure che possa richiedere l'amministrazione de' beni del presunto assente, o ciò a richiesta delle parti interessate. Se dunque non esista alcuna persona avente interesse attuale, ed in conseguenza qualità per adire il tribunale per tale domanda, questo dritto apparterebbe al ministero pubblico, secondo quel che dicemmo all'art. 112 [118], n. IV (2).

Beninteso però che il potere dato al notaio di rappresentare il presunto assente in una divisione non produrrebbe di pieno dritto quello di dimandare tale divisione; bisognerebbe espressamente conferirgliene la facoltà.

IV. — Gl'inventari, i conti, le liquidazioni o divisioni possono essere necessarie, sia nel momento dell'apertura di una successione, sia nel momento dello scioglimento di una società. Al tribunale del luogo dell'apertura

(1) All'articolo ora citato dall'autore corrisponde l'art. 1018 delle nostre leggi di procedura nei giudizi civili, sebbene ne sia stata modificata la redazione, sostituendosi alla distanza di cinque

miriametri, di cui parla l'articolo francese, quella di *quindici miglia*. (Nota del traduttore).

(2) V. la nota (3) pag. 180. (Nota del traduttore).

della successione, o dello stabilimento della società, apparterrà la nomina del notaio, ma bisogna far qui la stessa osservazione fatta di sopra (art. 112 [118] (1), n. V.) cioè, che una sola sentenza basterà, qualora questo tribunale sia in pari tempo quello del domicilio del presunto assente, e che nel caso opposto ve ne occorreranno due, l'una del tribunale del domicilio dell'assente, per constatare la presunzione di assenza, l'altra del tribunale della società, o della successione, per nominare il notaio. Intanto è chiaro che se il bisogno di nominare il notaio si manifestasse poco tempo dopo che una sentenza del tribunale del domicilio dell'assente avesse già constatato la presunzione di assenza, non sarebbe necessario di dimandargliene un'altra; basterebbe presentarsi direttamente avanti il tribunale del luogo della società o della successione con la sentenza già ottenuta dal tribunale del domicilio.

Diversamente avverrebbe se un intervallo molto lungo fosse scorso dopo essersi ottenuta questa sentenza; imperocchè benissimo in tale intervallo si avrebbero potuto ricevere notizie dell'assente, o egli stesso ritornare; di guisa che sarebbe cessata la presunzione di assenza. Così la sentenza ottenuta nel 1833 dal tribunale di Dieppe, ove era domiciliato il presunto assente, e che fosse nel 1836 presentata al tribunale di Metz, ove non si è nello stato di sapere ciò che avviene nel domicilio della persona, certamente per quest'ultimo tribunale non costituirebbe una prova che la persona di cui si tratta sia tuttora in presunzione di assenza.

V. — Osserviamo che, per esservi mestieri di rappresentare un presunto assente nelle operazioni alle quali dà luogo l'apertura di una successione, bisogna che si tratti di una successione aperta prima della sua scomparsa. Difatti, secondo la disposizione dell'articolo 136 [142], qualunque successione è esclusivamente devoluta a quelli la cui esistenza sia certa nel tempo dell'apertura della medesima. È vero però che siffatta devoluzione non è che provvisoria; e che se in seguito tornasse colui, la cui esistenza era dubbia, o che si reputava morto, egli potrà, se non vi sia stata prescrizione, esercitare i suoi dritti e prendere ciò che avrebbe avuto qualora fosse stato presente nel momento dell'apertura. Ma finchè sia provata la sua esistenza, coloro con i quali sarebbe concorso conserveranno tutta la successione. — Il nostro articolo non può dunque aver di mira che le successioni non ancora liquidate, ma già aperte nel tempo della scomparsa del presunto assente.

Intanto se coloro, con i quali il presunto assente concorrerebbe se fosse presente, non vogliono fare uso del loro diritto e consentono di attribuirgli la sua quota nella successione, nella speranza che presto tornasse, questo sarebbe eziandio un caso di farlo rappresentare, giusta il voto del nostro articolo.

114 [121]. — Il ministero pubblico è specialmente incaricato di vegliare agli interessi delle persone presunte assenti, e sarà sentito in tutte le dimande che le riguardano.

I. — L'ordine pubblico e l'interesse generale non potrebbero esistere senza la buona amministrazione delle proprietà private ed il benessere de' particolari; doveasi dunque dare al ministero pubblico, mandatario della società, il dritto di agire in nome degli assenti, ogni qualvolta il loro interesse lo richiedesse.

La presunzione di assenza, di che la legge si occupa in questo capitolo, può finire in tre modi:

- 1° Per la prova acquistata della esistenza dell'assente, sia che comparisca di nuovo, sia che dia notizie di sé;
- 2° Per la prova della morte dell'assente;
- 3° Per la sentenza di dichiarazione di assenza, circa il modo di ottenere la quale e de' suoi effetti la legge passa ad occuparsi nei due capitoli seguenti.

CAPITOLO II.

DELLA DICHIARAZIONE DI ASSENZA.

115 [121]. — Quando una persona avrà cessato di comparire nel luogo del suo domicilio o della sua residenza, e dopo quattro anni non se ne saranno avute notizie, le parti interessate potranno ricorrere al tribunale di prima istanza, affinché sia dichiarata l'assenza.

SOMMARIO.

- I. Le parti interessate sono nell'interesse quasi esclusivo di coloro che lo invocano. — Redazione vicina dell'articolo — La dichiarazione non può essere domandata che dopo dieci anni, allorché vi sia un procuratore.
- II. Le parti interessate sono ne' suddetti casi gli eredi presuntivi; non però quelli del giorno della domanda di dichiarazione, ma quelli del giorno della scomparsa, o i loro rappresentanti.
- III. Se l'assente, dopo la sua scomparsa, abbia dato delle notizie, il termine di quattro o dieci anni si calcola dal momento di questa notizia, però non dal giorno del loro arrivo, ma da quello della loro data. — Disporre con Delincourt e Duranton.
- IV. Quando s'indirizzi al tribunale del domicilio come si pratica per le presunzioni. — Si osservano anche le medesime formalità.
- V. L'assenza propriamente detta, a differenza della presunzione di assenza, non comincia che mediante sentenza che la pronuncia.

I. — Durante la presunzione di assenza le misure che può ordinare il tribunale sono

(1) V. la nota precedente. (Nota del traduttore).

adottate tanto nell'interesse dell'assente medesimo, che delle persone che ne fanno istanza. Tutt'altro avviene nel nostro caso; la dichiarazione di assenza è pronunziata soprattutto nell'interesse di coloro che la invocano; e se, come in appresso si dirà, l'assente stesso vi si trova interessato, non è però che in un modo indiretto. I effetti questa dichiarazione dà luogo all'esercizio (soltamente provvisorio) di tutti i diritti subordinati alla morte dell'assente, ed in tutti i casi ha per effetto irrevocabile di privare l'assente di una notevole parte delle sue rendite. La legge dunque non doveva permettere che siffatta dichiarazione si ottenesse così facilmente, come le misure di cui si occupa nel precedente capitolo. Oltretutto bisogna che sia decorso un termine molto lungo senza che si abbiano notizie, affinché si possa profferire la dichiarazione di assenza.

Attendoci soltanto al nostro articolo, diremo che questo termine sarà sempre di quattro anni; ma la sua disposizione è troppo generale, e dev'essere modificata da quella dell'art. 121 [127] (1). Secondo quest'ultimo la dichiarazione di assenza non può esser chiesta che dopo un termine di dieci anni, a contare dalle ultime notizie, quando l'assente abbia lasciato una procura; di guisa che solamente quando non esiste tale procura, la domanda può esser fatta dopo quattro anni.

II. — Le parti interessate non sono in tal caso più le stesse persone di cui parla l'art. 112 [118] (2). In quell'articolo si trattava di creditori, di soci, di locatari, e non di eredi presuntivi; al contrario si tratta precisamente di quest'ultimi, poichè la dichiarazione di assenza si chiede per trasmettere il possesso de' beni a tutti coloro che definitivamente lo acquisterebbero qualora l'assente fosse morto.

Del resto è chiaro che la domanda non può farsi da coloro che sono eredi presuntivi al giorno di tale domanda, ma bensì da coloro che lo erano al giorno della scomparsa o delle ultime notizie, o pure da' loro rappresentanti.

Così, Pietro scomparve in giugno 1820, senza lasciare procura, e in giugno 1824 non ancora si sono avute notizie di lui: la dichiarazione di assenza può essere domandata; ma da chi? Pietro nel momento della sua partenza aveva per erede presuntivo Paolo, suo cugino germano, ed in conseguenza suo parente in quarto grado; aveva anche un altro cugino, Luigi, parente in sesto grado, e che

da Paolo sarebbe stato escluso dalla successione. Oggi che si tratta di domandare la dichiarazione di assenza, Paolo è morto, lasciando per erede un cugino che forse non è parente dell'assente Pietro; di guisa che se la successione di questo assente oggi si aprisse, Luigi sarebbe quello che la raccoglierebbe. Ebbe bene! non sarà Luigi che potrà chiedere la dichiarazione di assenza, ma sì bene l'erede di Paolo. Infatti questa dichiarazione è l'immissione in possesso, che n'è la conseguenza, sono stabilite a motivo di esservi qualche probabilità che sia morto l'individuo scomparso. Ma se si può presumere che sia morto, si deve presumere che lo sia non da oggi, ma dal medesimo istante che scomparve. Ora, se la sua successione si era effettivamente aperta nel momento della scomparsa, sarebbe Paolo che l'avrebbe raccolta e trasmessa con la propria al suo erede. Questo erede di Paolo deve dunque essere messo in possesso, poichè i beni a lui definitivamente apparterranno se l'assente non ritorna più. Esso adunque è quello che ha la qualità per domandare la dichiarazione di assenza. L'art. 120 [126] (3) formalmente dice che coloro che erano eredi presuntivi dell'assente nel giorno in cui cessò di farsi vedere, o delle ultime sue notizie, quelli soltanto possono farsi immettere in possesso de' suoi beni; e noi dobbiamo aggiungere che, se questi eredi presuntivi più non esistono, tale diritto ai loro rappresentanti si appartiene.

È evidente che diversamente avverrebbe, e che Luigi sarebbe colui il quale potrebbe far dichiarare l'assente ed ottenere la immessione in possesso, se il cugino in quarto grado fosse morto prima della partenza dell'assente.

III. — Allorchè l'assente dopo la sua scomparsa abbia dato sue notizie, è chiaro che non più al momento della scomparsa, ma alla data delle notizie bisogna attenersi, poichè è indubitato che a quest'ultima epoca l'assente viveva tuttora. Dunque dalla data delle ultime notizie bisognerà calcolare i quattro o i dieci anni dopo de' quali può essere domandata la dichiarazione; ed il dritto di chiedere tal dichiarazione appartiene a coloro che erano eredi presuntivi dell'assente a quell'epoca medesima, od ai loro rappresentanti. Il nostro articolo, come si scorge, richiede che quattro anni siano decorsi senza che si abbiano ricevute notizie; e l'art. 121 [127] (4) prescrive inoltre che se l'assente abbia lasciato una procura, la dichiarazione

(1) V. la nota (1) pag. 488. (Nota del traduttore).

(2) V. la nota (3) pag. 480. (Nota del traduttore).

(3) V. la nota (2) pag. 486 circa la differenza

di redazione che intercede fra i due articoli citati. (Nota del traduttore).

(4) Vedi la nota (1) pag. 488. (Nota del traduttore).

d'assenza non potrà essere dimandata che dieci anni dopo la scomparsa o dopo le ultime notizie.

Abbiam detto che alla data delle ultime notizie e non all'epoca del loro arrivo bisogna attenersi per calcolare il termine dopo il quale può essere chiesta la dichiarazione, ed anche per stabilire a chi appartenga il dritto di domandarla. In effetti supponiamo che vi occorran tre mesi per giungere le notizie dal luogo in cui si trova l'assente a quello del loro destino; è chiaro che se la lettera, datata del mese di aprile, mi dà la certezza che l'assente vive in tal epoca, non mi prova certamente che sia ancora vivente nel mese di luglio, allorchè mi giungo la cennata lettera. Delvincourt o Duranton commettono dunque un errore (I-414), quando insegnano che bisogna attenersi al momento della ricezione.

IV. — Qui, come nel caso in cui si tratta di constatare la semplice presunzione di assenza, o per lo stesso motivo, quanto alla dimanda, bisogna adire il tribunale del domicilio che aveva l'assente. La forma da seguire è anche la stessa, secondo l'art. 860 [988] del codice di procedura. E mestieri dunque riportarsi a quanto fu detto sul proposito sotto l'art. 112 [118] (1).

V. — Ben si comprende poter facilmente avvenire che sia decorso il termine richiesto dopo la scomparsa o le ultime notizie, e che in conseguenza vi sia luogo a dimandare la dichiarazione di assenza, senza che una sentenza abbia già constatata la presunzione di assenza. Questa presunzione, del pari che l'assenza propriamente detta, non può essere dichiarata che con una sentenza; ma non pertanto esiste anche senza essere proferita, e risulta dalla sola mancanza di notizie: per l'opposto l'assenza incomincia con la sentenza che la dichiara. Fino a che questa dichiarazione non avvenga, qualunque sia il termine decorso dopo la scomparsa o le ultime notizie, continua sempre la semplice presunzione.

118 [122]. — Per comprovare l'assenza, il tribunale, sull'appoggio delle carte e dei documenti prodotti, ordinerà che si prenda una informazione, in contraddizione del procuratore della repubblica, nel circondario del domicilio ed in quello della residenza, se l'uno sia distinto dall'altra.

I. — Come si vede dall'articolo seguente, il tribunale non è tenuto ad ordinare l'istru-

zione o a provvedere alla domanda che gli si è indirizzata. Infatti se il tribunale, indagando i motivi dell'assenza e le cagioni che han potuto impedire di avere notizie, stima che la dimanda è intempestiva, dovrà rigettarla e dire che non vi ha luogo a procedimento. Ma in senso contrario il tribunale non avrà la facoltà di dire che l'istruzione sia inutile, nè potrà, senza ordinarla, immediatamente pronunziare la dichiarazione. Per gravi che siano le apparenze, per probabile che scmbri ai giudici la morte della persona, la legge non permette loro di trascurare i mezzi che ha stabiliti per ottenere tutte le possibili informazioni.

Se dunque il tribunale non rigetta la dimanda, ma crede doversi provvedere, un'indagine dev'essere dal medesimo ordinata nel circondario ove l'assente aveva il suo domicilio, cioè nello stesso circondario del tribunale, ed un'altra nel circondario ove l'assente risiedeva, se la sua residenza era diversa del suo domicilio.

L'istruzione, semplice o duplice secondo la distinzione fatta di sopra, giusta il nostro articolo, dovrà farsi in contraddizione del procuratore della repubblica. Infatti essendo costui incaricato dall'art. 114 [120] d'invigilare agli interessi degli assenti, egli è in questo caso l'oppositore di coloro che menano innanzi la istruzione, ed avrà il dritto di dirigere ai testimoni le interpellazioni che giudicherà utili, di far rigettare le deposizioni di coloro per i quali troverà de' motivi di ricusa, di fare una contro-prova tendente a dimostrare il contrario di ciò che coll'istruzione si voglia stabilire (ved. codice di procedura, art. 252 [347] e seg.)

La sentenza che ordina le indagini secondo l'art. 118 [124], dev' essere trasmessa al ministro della giustizia, il quale la rende pubblica facendola inserir nel giornale ufficiale (*Moniteur*); e solo dopo un anno la dichiarazione di assenza può essere pronunziata, in conformità dell'articolo 119 [125].

Da ciò ne segue che la dichiarazione di assenza, la quale può esser domandata quattro o dieci anni dopo la scomparsa o le ultime notizie, secondochè l'individuo abbia o no lasciato un procuratore, non può mai essere pronunziata che cinque o undici anni dopo la detta epoca.

117 [125]. — Il tribunale nel provvedere sulla domanda, avrà altronde riguardo ai motivi dell'assenza, ed alle cause le quali hanno potuto impedire che si abbiano notizie del presunto assente.

119 [124]. — Il procuratore della repubblica trasmetterà le sentenze si prepa-

(1) V. la nota (2) pag. 480. (Nota del traduttore.)

ratorie che definitive, tosto che siano proferte, al ministro della giustizia, il quale le farà pubblicare.

119 [125].—Non si pronunzierà la sentenza di dichiarazione di assenza, se non trascorso un anno da che si saranno ordinate le informazioni.

I. — L'assenza, *lato sensu*, è semplicemente il risultato dell'incertezza sull'esistenza dell'individuo; non può dunque cessare che per una delle due cagioni che possono far sparire questa incertezza, cioè: 1° la prova dell'esistenza; 2° la prova della morte.

L'assenza presunta evidentemente avrebbe termine del pari per questi due motivi; ma siccome essa non è che un primo periodo, al quale un secondo deve succedere se l'incertezza continua, così potrà inoltre finire per un terzo modo, cioè con la dichiarazione di assenza. Quanto all'assenza dichiarata, siccome non esiste il terzo periodo che le deve succedere, le due cagioni, che abbiamo testè indicate, sono le sole che possono darle termine.

CAPITOLO III.

DEGLI EFFETTI DELL'ASSENZA.

SEZIONE PRIMA

Degli effetti dell'assenza relativamente ai beni che l'assente possedeva al tempo del suo allontanamento.

120 [126]. — Nel caso in cui l'assente non abbia lasciato verun procuratore per l'amministrazione de' suoi beni, i suoi eredi presuntivi nel tempo in cui cessò di farsi vedere, o delle ultime notizie avute di lui, potranno, in forza della sentenza definitiva che avrà dichiarata l'assenza, farsi immettere nel possesso provvisorio de' beni che spettavano all'assente al tempo della di lui partenza o delle ultime sue notizie; a condizione di dar cauzione per la sicurezza della loro amministrazione (1).

SOMMARIO.

- I. Vizio di redazione: la immissione in possesso ha sempre luogo subito dopo la dichiarazione di assenza, anche quando vi sia un procuratore.
- II. Necessità di eleggere la cauzione, che è ricercata dal tribunale.
- III. Se i eredi dell'assente abbiano voluto mettere da parte la sua quota di una successione aperta durante la sua presunzione di assenza, tale quota non tocca a coloro che sono stati immessi in possesso, ma appartiene a quelli che l'eredità aveva da parte.

(1) Il nostro articolo, all'espressione *i suoi eredi presuntivi*, adoperata nell'articolo francese, ha

IV. Se gl'immediati in possesso mancano, il possesso passa ai loro ascendenti.

V. Il possesso provvisorio può finire per tre motivi.

VI. Osservazioni su ciascuna di questi tre motivi.

VII. Il diritto di chiedere l'immissione in possesso si prescrive come qualunque altro diritto.

I. — In questo articolo evvi un vizio di redazione, che menerebbe ad un grave errore se letteralmente si prendesse la sua disposizione. E mestieri sopprimere tutta la seguente proposizione: *Nel caso in cui l'assente non abbia lasciato verun procuratore per l'amministrazione de' propri beni*, o leggere invece le parole: *In tutti i casi*; o pure cominciare semplicemente l'articolo da queste: *Gli eredi presuntivi dell'assente* ... Ciò richiede spiegazione.

Si comprende che la circostanza di aver l'assente, nell'allontanarsi, lasciato un procuratore incaricato dell'amministrazione dei suoi affari, dev'esser presa in considerazione. Infatti essa prova che, quando è partito, l'individuo pensava di non poter subito tornare, e perciò rende il suo silenzio meno sorprendente. Per tale circostanza dunque si doveva stabilire una disposizione diversa da quella data pe' casi in cui l'assente non avesse lasciato procuratore.

Al tempo della discussione del presente titolo, unanime fu l'accordo su tal punto; ma questo accordo cessava quando si trattava di sapere in che consistesse la differenza. Gli uni pretendevano che in tutti i casi la dichiarazione potesse essere domandata dopo quattro anni e pronunziata dopo cinque, senza esaminare se era stato o pur no lasciato un procuratore; e che la circostanza di esservi un procuratore influisse solo sulla immissione in possesso, la quale potrebbe aver luogo immediatamente dopo la dichiarazione, quando non vi fosse procuratore, e soltanto dopo qualche anno nel caso che ve ne fosse uno. Gli altri sostenevano che la immissione in possesso, essendo la conseguenza della dichiarazione di assenza, dovesse sempre aver luogo immediatamente dopo di questa, e che questa stessa dichiarazione dovesse ritardarsi quando fosse stato lasciato un procuratore.

Siffatta questione sembrava risolta nel primo senso dall'art. [115 121], nel quale si era detto in modo assoluto e senza distinzione, che la dichiarazione di assenza potesse essere domandata dopo quattro anni; ma al tempo della sua redazione non si era posto mente al caso in cui fosse stato lasciato un procuratore. Il nostro art. 120 [126] sembra anche risolvere la questione nel medesimo senso; la quale però non fu discussa allorché fu redatto. E però si ebbe cura di parlar soltanto

sostituita l'altra *le persone abili a succedere*. (Nota del traduttore).

del caso pel quale generalmente ognuno era di accordo, cioè quando non fosse stato lasciato procuratore.

Sotto il seguente art. 121 [127], fu proposta la questione, e bisognò infine troncara la difficoltà. Fu risolta nel secondo senso; in effetti questo articolo dice che quando l'individuo ha lasciato un procuratore, non solamente l'immissione in possesso, ma anche la dichiarazione di assenza non può essere domandata se non scorsi dieci anni dopo la scomparsa o le ultime notizie.

Redatto l'art. 121 [127], non si pensò affatto di rettificare le disposizioni degli art. 115 e 120 [121 e 126], la redazione de' quali offre un vizio, che noi abbiamo dovuto far marcare.

II — Siccome i beni, nel possesso de' quali si fanno immettere gli eredi presuntivi dell'assente, debbono essergli restituiti qualora ricomparisca, era giusto che tali eredi dessero cauzione di conservarli e bene amministrarli. Siffatta cauzione sarà ricevuta dal tribunale, ed il ministero pubblico è incaricato dall'art. 114 [120], come abbiain veduto, di vegliare sugli'interessi degli assenti, ed esaminare se la cauzione offerta presenti le guarantee necessarie.

III. — Sotto l'art. 113 [119] n. V. di già abbiamo fatto osservare, che i beni che ricadrebbero ad un individuo, contro di cui esistesse presunzione di assenza, sarebbero esclusivamente devoluti ai suoi coeredi od a coloro che gli succederebbero in sua mancanza, secondo l'art. 136 [142]. Ma se questi ultimi avessero messo da parte la quota del presunto assente, a chi passerebbero tali beni dopo la dichiarazione di assenza?... Dicono taluni autori che questi beni, essendo divenuti la proprietà dell'assente, debbano con tutti gli altri suoi beni essere rilasciati a coloro che provvisoriamente sono stati immessi in possesso. È questo un errore. Se i coeredi dell'assente, o coloro che dovrebbero succedere in sua mancanza, non han voluto impadronirsi di questi beni, egli è perchè presumevano che tuttora vivea l'assente e che bentosto sarebbe ritornato. Ma la dichiarazione di assenza venendo a rendere maggiore la probabilità della morte, la quale naturalmente risale all'epoca stessa della scomparsa, ne segue che l'assente non ha mai avuto dritto a tali beni, e che in conseguenza gli eredi presuntivi all'epoca della scomparsa, e che oggi ottengono l'immissione in possesso provvisoriale, non vi hanno, nè vi potranno giammai avere alcun dritto. Questi beni dunque saranno ripresi da coloro che li avevano lasciati all'epoca della divisione. Oltretutto la rubrica della nostra sezione ci dice che essa si occupa de' beni che l'assente possedeva nel

giorno della sua scomparsa, e lo stesso articolo ci ripete che gli eredi presuntivi potranno farsi immettere in possesso de' beni che appartenevano all'assente nel giorno del suo allontanamento o delle sue ultime notizie.

IV. — Sotto l'art. 115 [121] n. III, abbiain detto che se coloro che sarebbero stati eredi presuntivi dell'assente all'epoca della sua scomparsa o delle sue ultime notizie, fossero morti prima della immissione in possesso, siffatto possesso apparterebbe ai loro rappresentanti (eredi, donatari, legatari o altri aventi causa). Pertanto, se gli eredi presuntivi morissero dopo l'ottenuta immissione, evidentemente ai loro eredi o aventi causa si trasmetterebbe tal possesso, il quale infatti deve sempre appartenere, come si comprende, a coloro che sarebbero proprietari qualora l'assente avesse finito di vivere nel momento in cui scomparve o cessò di dar notizie di sé.

V. — In tre modi può finire il possesso provvisoriale:

1° Per la prova acquistata dell'esistenza dell'assente, sia che ricomparisca, sia che si abbiano sue notizie, ed allora i possessori provvisoriali perdono ogni dritto su' beni, il che risulta dalla prima parte dell'art. 131 [137].

2° Per la prova acquistata della morte dell'assente.

Se questa morte avvenne in un'epoca in cui l'assente aveva per eredi coloro i quali, od i loro rappresentanti, si trovano attualmente nel possesso provvisoriale, per essi la qualità di possessori provvisoriali si muta in quella di definitivi. Se, al contrario, tal morte è avvenuta in un momento in cui i possessori attuali od i loro autori non erano più eredi dell'assente, costoro, come nel primo caso, perderanno ogni dritto su' beni, e dovranno restituirla a coloro che erano eredi dell'assente all'epoca della sua morte o a' loro rappresentanti. Il che appunto dice l'art. 130 [136].

3° Col decorso di trent'anni dall'immissione provvisoriale in possesso o di cento dalla nascita dell'assente.

In quest'ultimo caso, giusta la disposizione dell'art. 129 [135], il possesso provvisoriale si cangia in un possesso definitivo, il quale, senza rendere gli immessi proprietari propriamente detti (poichè può essere anche in seguito provato che l'assente esista, o che sia morto in un'epoca in cui quest'immessi non erano eredi), non pertanto loro accorda dritti molto più estesi del possesso provvisoriale.

VI. — Delle tre cagioni testè indicate come quelle che fan cessare l'immissione provvisoriale, la prima (la prova dell'esistenza dell'assente) toglie sempre i beni agl'immes-

si; la seconda (la prova della morte) talvolta glieli toglie, talvolta glieli lascia; la terza (l'immissione definitiva) glieli lascia per sempre.

E però gl'immessi in possesso possono perdere questo possesso: 1.^a per la prova della esistenza dell'assente; 2.^a per la prova della sua morte, ed in questi due casi cessa sempre l'assenza. Potranno anche perderlo, senza cessare l'assenza, 3.^a se gli eredi al giorno della scomparsa o delle ultime notizie, più prossimi degl'immessi in possesso, non fossero comparsi e poscia si presentassero, ma prima che fosse compiuta la prescrizione, affin di reclamare siffatto possesso.

VII. — Diciamo *prima che fosse compiuta la prescrizione*; perocchè ogni dritto, allorchè è relativo ad un interesse pecuniario, è sempre suscettivo di prescrizione, a meno che la legge non l'abbia formalmente dichiarato imprescrittibile. Ora nulla sottrae alla regola generale il dritto di dimandare l'immissione in possesso de' beni di un assente; tal dritto dunque si prescrive con trent'anni, ai termini dell'art. 2262 [2168]. In conseguenza, se al tempo della dichiarazione di assenza di una persona, che avesse lasciato due parenti, più prossimo l'uno, l'altro più remoto, costui domandasse ed ottenesse l'immissione in possesso, perchè tutto ciò ignoravasi dal più prossimo, ovvero perchè non avea voluto brigarsene; se quest'ultimo posteriormente volesse togliere il possesso a colui dal quale si era indebitamente ottenuto, dovrebbe agire contro il medesimo ne' trent'anni dalla dichiarazione di assenza, perchè scorso questo termine, ed essendosi compiuta la prescrizione il dritto del parente più prossimo si sarebbe estinto.

21 [127]. — Se l'assente ha lasciato procura i suoi eredi presuntivi non potranno promuovere l'istanza per la dichiarazione di assenza, e per la provvisoria immissione in possesso, se non dopo il corso di anni dieci compiuti dal giorno in cui scomparve, o da quello delle ultime di lui notizie (1).

127. [128]. — Lo stesso avrà luogo venendo a cessare la procura: nel qual caso sarà provveduto all'amministrazione de' beni dell'assente, come è detto nel capitolo I del presente titolo.

(1) Il nostro articolo ha sostituito alle parole *i suoi eredi presuntivi non potranno* le altre *non si potrà*, più generali e che rendono comune il di-

SOMMARIO.

- I. Non la mancanza attuale di una procura, bensì il fatto di essere stato l'assente, ritarda la dichiarazione di assenza.
- II. La procura lasciata per due o tre anni sarebbe sufficiente per produrre tale effetto; ma non quella spaziale per una sola prorogativa e per se determinata assente.
- III. Qualunque siano le circostanze della procura, non può mai far decorrere la dichiarazione di assenza di dieci anni dopo la scomparsa.
- IV. Gli art. 121 a 123 [127 a 129] sono solamente allegati, e solamente relativi poi gli art. 119 a 120 [121 e 122]. A che tende tutto ciò?

I. — Non è la semplice circostanza dell'esistenza di un mandatario provveduto di procura che faccia ritardare la dichiarazione di assenza, ma l'intenzione che abbia avuto l'assente, e che si deduce da siffatta circostanza, di allontanarsi per un tempo assai lungo.

In effetti allorchè un individuo, allontanandosi, incarica taluno di vegliare a' suoi affari, non deve recare maraviglia nè la sua lunga assenza, nè il silenzio che serba: egli può avere de' motivi per non far sapere in qual paese sia, ed avendo incaricato un uomo di sua fiducia per l'amministrazione de' suoi beni, conserva sotto questo rapporto tranquillo lo spirito.

Si comprende dunque che se la procura cessa, ovvero non abbia mai avuto effetto, sia perchè l'individuo indicato per mandatario ha ricusato di accettare, sia perchè morto prima di adempiervi, questa circostanza è indifferente, e non può accelerare la dichiarazione di assenza. Perocchè è incontestabile che l'assente nel partire sapeva che non dovrebbe tosto tornare; e ciò precisamente si richiede per ritardare la domanda di dichiarazione.

Tuttavia, siccome questa cessazione o questa non accettazione del mandato può riuscire dannosa ai beni, perciò ha luogo il caso previsto dall'art. 112 [118], ed è necessario far ordinare dal tribunale delle misure, constatando: 1.^a che l'individuo sia in presunzione di assenza; 2.^a che attualmente non esista procura; 3.^a che vi sia urgenza di provvedere all'amministrazione de' beni.

Può avvenire pure che debbasi applicare l'art. 112 [118], poichè non esiste procura, e che non si possa d'altra parte applicare l'articolo 115 [121], poichè n'è stata lasciata una. Ciò che il legislatore richiede nell'art. 112, affinchè niuna misura si possa provocare dal tribunale, si è un procuratore che attualmente si occupi degli affari dell'assente; al contrario ne' nostri art. 121 e 122 [127 e 128] prescrive soltanto, affinchè la dichiarazione di assenza non possa essere domanda-

vieto tanto ai detti eredi, quanto a chiunque altro possa essere interessato a promuovere la dichiarazione di assenza. (Nota del traduttore).

ta che dopo dieci anni di presunzione, che l'individuo abbia, merco la scelta di un mandatario, manifestato il pensiero di un'assenza prolungata.

II. — *Quid se l'assente abbia lasciato una procura per due o tre anni?* Potrebbe in tal caso provocare la dichiarazione dopo quattro anni, se non dopo la scomparsa, almeno dopo lo spirare della procura?

No. Infatti è possibile che l'assente il quale abbia lasciato un mandatario per due o tre anni, pensi che il medesimo, vedendosi scelto per suo confidente, continuerà ad esser gestore de' suoi affari dopo lo spirare del mandato. Questo assente dunque può persuadersi della sua ipotesi, e siffatta possibilità basta per spiegare il suo silenzio. Oltretutto l'art. 121 [127] dice che avverrà lo stesso, cioè che la dichiarazione non potrà essere domandata che dopo dieci anni, quand'anche la procura venisse a cessare, senza che si debba esaminare nè a qual epoca, nè per qual causa abbia avuto termine.

Bisognerebbe però diversamente decidere, e mettersi in opposizione co' termini della legge, per uniformarsi al suo spirito, nel caso che l'assente avesse lasciato una procura relativa ad uno speciale affare, ad una determinata particolare proprietà. In effetti una tale procura non provverebbe affatto il pensiero di un ritorno lontano in colui che la dà; donde non sarebbe il caso dal legislatore determinato per differirsi la domanda di dichiarazione. Nonpertanto non sarebbe necessario che la procura, per far ritardare la dichiarazione di assenza, si estendesse a tutti i beni; basterebbe che avesse per oggetto quelli che richiedono maggior cura degli altri.

Del resto questi diversi casi presentano molto meno una questione di dritto che un punto di fatto, la cui estimazione sarà lasciata alla saviezza de' magistrati. Ciò che vuole il legislatore, ciò che noi possiamo e dobbiamo adottare per regola in tutte le circostanze, si è che la procura, che ha lasciata l'assente, sia tale da provare che vi era in lui l'idea di un lungo viaggio.

III. — *Se la dichiarazione di assenza non può mai essere domandata prima di dieci anni, allorchè sia stata lasciata una procura che provi nell'individuo l'idea di un prolungato allontanamento; d'altra parte e reciprocamente, comunque fosse generale questa procura, e per qualunque tempo fosse stata data, la dichiarazione di assenza potrebbe sempre essere provocata dopo i dieci anni.* La legge non distingue, nè doveva fare alcuna distinzione; non doveva dipendere dal presun-

to assente, il quale poteva lasciare un procuratore per venti anni e più, di postergare in tal modo indefinitivamente l'esercizio dei dritti subordinati alla sua morte. Bisognava un termine, e la legge lo ha stabilito a dieci anni.

IV. — *La diversità d'opinione fra i redattori del codice, che abbiamo indicata sotto lo art. 120 [126] n. 1, e l'oscitanza nel troncamento della difficoltà di cui abbiamo parlato, ci spiegano perchè gli art. 121 e 122 [127 e 128], che sono relativi alla dichiarazione di assenza, e non all'immissione in possesso, si trovino nel nostro capitolo III, mentre dovrebbero essere nel precedente. Essi però sarebbero stati ben collocati nel nostro capitolo, se si fosse adottata l'opinione secondo la quale la circostanza di una procura lasciata dovesse soltanto avere influenza sull'immissione in possesso. Ma il legislatore avendo adottata una decisione contraria, si avrebbe dovuto: 1° cancellare i due primi versi dell'articolo 120 [126]; 2° sopprimere i due articoli 121 e 122 [127 e 128] per incorporarli con l'art. 115 [121], il quale avrebbe dovuto concepire ne' seguenti termini: « Coloro che » erano eredi presuntivi dell'assente nel giorno della sua scomparsa o delle ultime sue » notizie, o pure i rappresentanti de' suoi eredi presuntivi, potranno domandare la dichiarazione di assenza dopo quattro anni, » quando l'assente non avrà lasciato procura, » e dopo dieci anni soltanto quando ne avrà » lasciata una, sebbene sia cessata. »*

123 [129]. — Allorchè gli eredi presuntivi avranno ottenuto la provvisoria immissione nel possesso, se esiste un testamento dell'assente, si aprirà a richiesta delle parti interessate, o del procuratore della repubblica presso il tribunale: ed i legatari, donatari, e tutti coloro che abbiano su i beni dell'assente dritti dipendenti dalla condizione della sua morte, potranno esercitarli provvisoriamente mediante cauzione (1).

SOMMARIO.

- I. La dichiarazione di assenza permette di fare provvisoriamente ciò che la morte permetterebbe definitivamente.
- II. I diversi aventi-dritto, perchè non siano i legatari, possono essi stessi domandare la dichiarazione di assenza a' magistrati in possesso, qualora gli eredi presuntivi non la demandino.
- III. In quanto a' legatari, non possono da se stessi agire; ma possono far agire il ministero pubblico.
- IV. I dritti prodotti da' beni dell'assente, nell'intervallo fra la scomparsa e l'immissione in possesso, non percepiti: ma se i beni avevano a titolo di cap tali soggetti a restituzione come gli altri beni.
- V. Quando i diversi aventi-dritto al giorno della scomparsa, sono morti

(1) Anche in quest'articolo le nostre leggi civili hanno sostituito alla espressione di *eredi presuntivi*

adoperata nel codice francese l'altra le persone abili a succedere. (Nota del traduttore).

prima dell'immissione in possesso, siffatto possesso si trasmette a' loro rappresentanti. Vana similitudine a contare qualora quelli morissero dopo di avere ottenuta l'immissione. Questo caso è identico a quello degli eredi presuntivi.

- VI. Il possesso provvisoriale de' diversi aventi-diritto, e de' loro successori, ha termine anche per la tre medesima ragione che fa cessare il possesso provvisoriale degli eredi presuntivi.
- VII. Distinzione a farsi per deturcarsi la ragione che fanno assolutamente perdere il possesso de' beni o questi stessi aventi diritto ed a' loro successori.

I.—Una volta pronunziata la dichiarazione di assenza, l'individuo è supposto morto fino alla prova contraria; in conseguenza tutti coloro che avevano diritti subordinati alla condizione della sua morte, cioè dritti che per essi si doveano verificare mediante tal morte, saranno messi nell'esercizio provvisoriale di siffatti dritti. Epperò colui che per contratto di matrimonio fosse stato, in conformità dell'art. 1082 [1038], istituito dall'assente donatario di una proprietà che non dovea ricevere che alla morte del donante, potrà provvisoriamente averne il possesso; colui che avesse fatto all'assente donazione di una proprietà, sotto la condizione, inserita nell'atto, che gli sarebbe restituita se prima di lui morisse l'assente, potrà riprenderla (però pure provvisoriamente); coloro ai quali il testamento dell'assente, qualora ne avesse fatto uno, concedesse de' dritti, saranno messi in possesso delle cose da esso legate; gli ascendenti donanti che si trovano nel caso di succedere ai beni da essi donati in conformità dell'art. 747 [670] (1), li riprenderanno; e così per tutti coloro che hanno dritti cui la morte certa dell'assente dà luogo in un modo definitivo (Nancy, 31 gennaio 1833: Dev. 34, 2, 603).

Ma siccome i dritti di questi individui non sono che presunti, e tali che la presunzione scomparirebbe, qualora ritornasse l'assente o si avessero notizie di lui, il possesso provvisoriale in certo modo non è che un deposito il quale rende gl'immissi tenuti a darne conto all'assente, ove ricomparisse. Laonde tutti gl'immissi in possesso, chiunque essi siano, eredi presuntivi, legatari, donatari, o altri, ai termini del nostro articolo e dell'art. 120 [126], debbono presentare una cauzione che, come abbiamo già detto, sarà discussa dal procuratore della repubblica, ed approvata dal tribunale.

II.—Ma che avverrebbe se gli eredi presuntivi, conoscendo l'esistenza di un legato universale o altre circostanze che nulla o quasi nulla lasciassero loro della totalità de' beni, non volessero dimandare la dichiarazione di assenza?... Non deve dipendere dal loro capriccio il paralizzare i dritti degli altri inte-

ressati. Tali dritti potranno dunque loro malgrado esercitarsi. Così un donatario di beni futuri, un donante con patto di riversione, il semplice proprietario di un fondo del quale l'assente ha l'usufrutto, avrebbero diritto a chiedere essi stessi la dichiarazione di assenza, in virtù dell'art. 115 [121]. Infatti questo articolo accorda tal diritto alle parti interessate; ora que' diversi individui evidentemente sono parti interessate; eglino hanno dunque un interesse diretto ed attuale che possono facilmente mettere in atto.

Vero è che il modo onde il nostro articolo è redatto sembra subordinare l'esercizio de' dritti degli interessati, diversi dagli eredi presuntivi, alla previa immissione in possesso ottenuta da questi stessi eredi. E per vero quando i legatari, donatari od altri potranno esercitare i loro dritti? Ciò avverrebbe, attenendosi al testo dell'articolo, *allorché gli eredi avranno ottenuta l'immissione in possesso*. Ma l'argomento, che da ciò si vorrebbe trarre, sarebbe troppo debole, e troverebbe d'altronde la sua confutazione nel medesimo nostro articolo. Infatti se si dovesse prendere in considerazione il modo in cui è redatto questo articolo, ed argomentare dalla sua redazione, bisognerebbe dire, che tutti coloro, che hanno dritti ad esercitare, non potranno ciò fare che dopo aperto il testamento, qualora ve ne fosse uno. Imperocchè l'articolo dice: *Allorché gli eredi avranno ottenuta l'immissione, sarà aperto il testamento*, ED I LEGATARI, DONATARI, O ALTRI AVENTI-DIRITTO, *potranno esercitarli*, assimilando in tal modo a' legatari gli altri interessati. Ora è chiaro che tale non è l'idea del legislatore. L'apertura del testamento non è certamente necessaria, affinché un semplice proprietario, per esempio, riprenda l'usufrutto che godeva l'assente.

Non bisogna dunque arrestarsi al senso letterale di questo articolo, ma è uopo interrogare lo spirito della legge, risultante dall'insieme degli articoli. Ora che vuole la legge? Che tutti coloro che eserciterebbero definitivamente i loro dritti, se l'assente fosse morto, li potessero provvisoriamente esercitare, allorché maggiore è divenuta la probabilità della sua morte, essendo decorso il termine di quattro o dieci anni senza notizie. Gli eredi dunque, non occupandosi, non possono impedire l'esercizio provvisoriale di tali dritti, come non potrebbero col non accettare la successione, impedirne l'esercizio definitivo, qualora fosse provata la morte dell'assente. Se il legislatore ha supposto che la dichiarazione di assenza sarebbe ottenuta

(1) Il nostro art. 670, a differenza dell'art. 717 francese estende anche per le cose costituite in dote la riversione a pro degli ascendenti, aggiun-

guendo pure il loro obbligo di contribuire al pagamento de' debiti, come si vedrà nel proprio luogo. (Nota del traduttore).

dagli eredi presuntivi, gli è perchè si occupa naturalmente *de eo quod plerumque fit*, ed ordinariamente siffatti eredi chiedono tal dichiarazione, per esservi più degli altri interessati. Ma non ci pare dubbio, che, se co-storo rifiutano di far ciò, gl'interessati (purchè non siano legatari) possano farlo in virtù dell'ar. 115 [121].

III. — Neghiamo a' legatari il dritto di agire, che riconosciamo negli altri interessati, in caso di contraria volontà degli eredi presuntivi. Senza dubbio sono anch' essi parti interessate; ma non si può agire che provando il proprio interesse; ora il loro interesse non può essere dimostrato che dietro l'apertura del testamento; e la dichiarazione di assenza deve appunto precedere siffatta apertura. Essi non hanno dunque qualità per dimandare tale dichiarazione.

Tuttavia ci pare che la legge fornisca loro un mezzo indiretto per giungere al loro scopo. In effetti, primariamente è d'ordine pubblico e d'interesse dell'intera società, che la proprietà non resti indefinitamente in sospeso e nell'incertezza; inoltre l'interesse dell'assente richiede che i beni suoi siano affidati alle persone che più possono essere interessate alla conservazione e miglioramento loro, ed in conseguenza a coloro che debbono diventare proprietari s'egli non ricomparisse. Sotto questo duplice rapporto adunque il procuratore della repubblica, qual mandatario della società, e dall'art. 114 [120] specialmente incaricato di vegliare agl'interessi degli assenti, avrebbe qualità per richiedere direttamente la dichiarazione di assenza e di far aprire il testamento. Potrebbe egli dunque agire ad istanza de' legatari. Che tale sia lo spirito della legge, che vuole che il ministero pubblico agisca quando il bisogno lo richiede, sia nell'interesse dell'assente, sia in quello della società, è comprovato dallo stesso nostro articolo, il quale ordina che, dopo l'immissione in possesso, l'apertura del testamento debba richiedersi dal procuratore della repubblica, se non lo fosse dagl'interessati.

IV. — Che bisogna decidere in quanto ai frutti prodotti da' beni dell'assente dopo la sua partenza o le sue ultime notizie fino alla immissione in possesso? È ben chiaro che saranno trasmessi a' diversi aventi-dritto immessi in possesso di tali beni, perciocchè l'effetto della dichiarazione di assenza è di far sopporre l'assente morto dal momento della partenza o delle ultime notizie, e che in conseguenza sono essi che debbono restarne proprietari finchè non ricomparisca l'assente. Ciò dunque non offre difficoltà di sorta alcuna.

Ma questi frutti saranno loro dati come tali, di modo che ne sarebbero all'intutto

padroni e proprietari in qualità di possessori ed in virtù dell'art. 127 [133], salva la leggerissima riduzione da questo stesso articolo indicata; o pure saranno loro soltanto affidati come capitale, de' cui interessi godranno, con obbligo di restituirlo per intero, egualmente che una frazione degli interessi, se l'assente ritornasse o provasse la sua esistenza?

Certamente a quest'ultima idea bisogna appigliarsi. Infatti solo a contare dalla dichiarazione di assenza la legge dà dritto su' frutti de' beni agl' immessi in possesso; tali frutti sono come il salario dell'amministrazione loro conferita: sino alla dichiarazione i beni sono stati amministrati in nome e nell'interesse del solo assente. Se dunque l'assente ricomparisce deve avere per intero tali frutti; nel caso opposto, siccome sarebbe definitivamente reputato morto dal giorno della sua partenza, essi per intero apparterebbero a' diversi immessi in possesso, al pari di tutti gli altri beni.

L'art. 126 [132] prova che tale è pure l'idea del legislatore, quando nel secondo comma richiede che dal momento dell'immissione provvisoriale siano non solo mutuati i frutti scaduti, ma anche il prezzo proveniente dalla vendita del mobile.

Così suppongasì un immobile di una rendita netta di 4,000 franchi all'anno, appartenente a Pietro, che è scomparso lasciando un procuratore incaricato di amministrare i suoi beni, il quale immobile era stato donato a Paolo, quando si legò in matrimonio, per riceverlo alla morte del donante, oggi assente. Solo undici anni dopo la partenza di Pietro potrà ottenersi l'immissione in possesso, ai termini dell'articolo 121 [127]. Dopo pronunziata questa immissione, Paolo richiederà conto al procuratore, che dovrà consegnargli non solo gli stessi beni, ma anche le rendite da lui riscosse pel corso di undici anni, che ammontano a 44,000 franchi, i quali costituiranno un capitale che Paolo conserverà, egualmente che la proprietà, se l'assente non ricomparisca; ma che gli restituirà, se ritorna, salvo a ritenere tutti o parte degl'interessi che questo capitale avrà prodotto, in conformità dell'art. 127 [133].

Avverrebbe del pari lo stesso se si trattasse di un donante con patto reversivo, di un legatario, di un semplice proprietario, che riprendesse tali beni, o se infine fosse lo stesso erede presuntivo in mancanza de' diversi aventi-dritto. In tutti i casi i frutti prodotti dal fondo, nell'intervallo tra la scomparsa dell'assente e l'immissione in possesso, formeranno un capitale che sarà restituito all'assente, ove ritorni, e nel caso opposto, resterà con lo stesso fondo a colui che lo possedeva provvisoriamente. In effetti la non

riapparizione dell'assente fa reputare il possessore provvisorio proprietario dal di della partenza dell'assente; dunque a lui appartengono tutti i frutti prodotti dalla cosa dopo siffatta partenza.

V. — Tutto ciò che abbiamo detto nel n. II dell'art. 115 [121] e nel n. IV dell'art. 120 [126] (1), intorno all'immissione in possesso degli eredi presuntivi, si applicherà inoltre ai donatari, legatari ed altri che hanno un dritto subordinato alla condizione della morte dell'assente.

Perlocchè, se nel momento della dichiarazione di assenza, colui che il testamento indica come legatario è morto dopo essere stato vivente nel giorno della scomparsa dell'assente o delle sue ultime notizie; siccome la dichiarazione di assenza fa reputar morto l'assente a cominciare da quello stesso giorno, ne segue che questo legatario era ancor vivente nel momento della presunta morte del testatore, e che per conseguenza ha trasmesso i suoi dritti a suoi eredi od altri successori. Dunque i suoi rappresentanti otterrebbero il possesso provvisorio de' beni a lui legati; perchè, come lo abbiamo già detto, il possesso si darà sempre a colui che avrebbe la proprietà, se, invece di scomparire, l'assente avesse cessato di vivere.

Inoltre ottenutasi l'immissione, sia dal legatario, sia dal suo rappresentante, se l'immissione nel possesso muoia, il possesso passerà ai suoi rappresentanti. In effetti costoro sarebbero i proprietari, laddove constasse che l'assente è morto nel giorno della sua scomparsa o delle sue ultime notizie.

VI. — Dippiù bisogna qui ripetere ciò che abbiamo detto nel n. V dell'art. 120 [126] (2) sulle cause che fanno cessare la immissione provvisoria in possesso degli eredi presuntivi. Infatti il possesso di colui che provvisoriamente esercita un dritto particolare, subordinato alla condizione della morte dell'assente, avrà termine come quello degli eredi presuntivi e con le medesime conseguenze.

Eppur, 1° se si pruovi che l'assente è vivente, il legatario o il suo rappresentante e tutti gli altri immessi perderanno il loro possesso, perchè si proverà che i dritti, che si erano presunti aperti, più nol sono;

2° Ottenendosi la prova della morte dell'assente, il possesso provvisorio de' diversi immessi cesserà del pari, sia per cangiarsi in un dritto di proprietà, sia per dar luogo alla restituzione de' beni, secondo le circostanze che saranno esaminate nel n. VII;

3° Finalmente quando saranno decorsi trent'anni dopo la dichiarazione di assenza,

o cento anni dopo la nascita dell'assente, il possesso provvisorio per tutti gli immessi si cangerà in un possesso definitivo, a' termini dell'art. 129 [135].

VII. — Abbiamo veduto per quali motivi termina il possesso provvisorio degli immessi che non siano eredi presuntivi; tali motivi sono identicamente gli stessi di quelli richiesti pe' medesimi eredi presuntivi. Ma nel n. V e VI dell'art. 120 [126] (3) si è veduto che i motivi che fanno cessare il possesso provvisorio non fanno sempre perdere il possesso; poichè in quel caso il possesso provvisorio finisce per trasformarsi in definitivo, o anche in piena proprietà. Ci resta dunque ora a vedere quali motivi facciano perdere il possesso de' beni agl'immessi che non siano eredi presuntivi.

E uopo però dividere tali immessi in tre classi:

1° Coloro il diritto de' quali è subordinato, come quello degli eredi, non solo alla morte, ma benanche alla premorienza dell'assente, e può inoltre essere revocato. Si scorge che favelliamo de' legatari. In effetti, tale dritto, giusta l'articolo 895 [815], può essere sempre revocato dal testatore, e inoltre non ha effetto, secondo l'art. 1039 [994], se non quando il legatario sopravviva al suo testatore;

2° Coloro il cui diritto è subordinato del pari alla premorienza dell'assente, ma che non può essere a volontà revocato. Tali sono i donanti con patto di reversione pel caso di loro sopravvivenza, e i donatari de' beni da riceverli alla morte del donante;

3° Coloro il cui diritto è solo subordinato alla condizione della morte, come un semplice proprietario, un debitore di rendita vitalizia.

Pe' legatari due motivi possono toglier loro il possesso de' beni da essi ottenuto: 1° la prova dell'esistenza dell'assente, perchè da ciò ne segue che non ancora si è verificato il loro diritto; 2° la scoperta di un testamento che revochi quello in virtù del quale essi erano chiamati. Avvi un terzo motivo, che non avrà effetto riguardo a' soli rappresentanti di questi legatari; esso sarebbe 3° la prova della morte dell'assente avvenuta dopo quella de' legatari.

Per coloro che hanno un dritto subordinato alla premorienza, ma non revocabile, i beni possono essere loro tolti per un solo motivo: la prova della esistenza dell'assente. Ma possono pure togliersi ai loro rappresentanti per un secondo motivo: la prova di morte dell'assente avvenuta dopo quella degli aventi-diritto.

(1) V. nota (1) pag. 186. (Nota del traduttore).

(2) V. la nota precedente. (Nota del traduttore).

(3) Vedi la precedente nota. (Nota del traduttore).

In quanto agli altri innanzi in possesso, od a' loro rappresentanti, il cui dritto si verifica non solo per la premorienza dell'assente, ma anche per la sua morte avvenuta in qualsiasi epoca, si comprende che una sola circostanza può loro far perdere il possesso, ed è la prova della esistenza dell'assente; tutt' altro è loro indifferente.

124 [130]. — Il coniuge che è in comunione di beni, se elegge di continuare nella medesima, potrà impedire l'immissione provvisoriale nel possesso, e l'esercizio provvisoriale di tutti i diritti dipendenti dalla condizione di morte dell'assente; e potrà a preferenza prendere o conservare l'amministrazione dei beni dell'assente. Se il coniuge fa istanza per lo scioglimento provvisoriale della comunione, consegnerà i suoi beni personali, e rientrerà nell'esercizio de' suoi diritti tanto legali, che convenzionali, mediante cauzione per le cose soggette a restituzione.

La moglie, eleggendo di continuare nella comunione, conserverà il diritto di poterli in seguito rinanziare.

SOMMARIO.

- I. Nozioni sulle cinque regole del matrimonio: 1. comunione legale; 2. comunione convenzionale; 3. confusione di comunione; 4. separazione di beni; 5. regola dotale.
- II. Nel caso della comunione, il nostro articolo deroga alla regola secondo la quale la dichiarazione di assenza produce provvisoriamente gli effetti della morte. Ma questa regola rimane per tutti i casi in cui non vi ha comunione.
- III. Il coniuge amministratore legale, non è tenuto a cauzione.
- IV. I diritti del coniuge amministratore variano, secondo che costui è il marito o la moglie. — La moglie non può alienare che la semplice proprietà de' suoi propri immobili; il marito può alienare le pieve proprietà i suoi immobili, e tutti i mobili ed immobili della comunione.
- V. Se alcuni beni della comunione sono stati alienati dal marito in epoca in cui questa comunione, esisteva, lo apparenza, ora in realtà dissolta, tali alienazioni si considerano come non avvenute ne' rapporti fra gli eredi della moglie ed il marito, ma sono valide rispetto agli acquirenti.
- VI. In tal modo finisce la costituzione provvisoriale della comunione.
- VII. 1° Per la prova dell'esistenza dell'assente. — L'amministrazione occasionale del nostro articolo è allora sostituita da quella ordinaria.
- VIII. 2° Per la prova della morte dell'assente. — Bisogna allora dividere la comunione secondo lo stato in cui era quando tal morte avvenne.
- IX. 3° Per decorsi di trent'anni dopo la dichiarazione di assenza o di otto dopo la revoca dell'assente. — Allora la dichiarazione di assenza riprende il suo vigore: la comunione si ripete dissolta dal momento della scomparsa dell'assente, ed in conseguenza si divide. — Ma qui il provvisorio non è sostituito che dal provvisorio, che tuttavia può in seguito cambiarsi.

(1) Nelle nostre leggi civili non è riconosciuta la comunione legale, ma questo è un regime che non può che espressamente stipularsi, senza di che giuriam si presume, a termini dell'art. 1393; quindi non vi ha nemmeno il caso in cui sia escluso un tal regime, preveduto dall'autore, per essere lo stesso quello che per legge impera nel dritto francese in mancanza di stipulazione contraria;

Marcadé T. I.

- X. 4° Per la morte del coniuge per cui — Lo scioglimento della comunione avviene certo per effetto morte, ma resta provvisoriamente al giorno stesso della scomparsa, e la divisione ha luogo a contare dal detto momento della scomparsa. — In questo caso si adottano dal pari misure provvisorie, che si attuano in seguito, se ci ha luogo.
- XI. 5° Per la rinascita del coniuge presente alla provvisoriale comunione. — Lo scioglimento è solo anche provvisoriamente al giorno della scomparsa, ed in conseguenza si fa la divisione, ma provvisoriamente, e salvo ulteriori cangiamenti, come sono si è detto.
- XII. 6° Finalmente per la dichiarazione di assenza del coniuge ora presente. — Lo scioglimento reale ricade al giorno della scomparsa dell'altro coniuge, e la divisione è sempre provvisoriale. — Inoltre può essere anche in seguito sostituita da misure che saranno anch'esse provvisoriale.
- XIII. Riassunto de' sette numeri precedenti.
- XIV. Quando gli eredi reali e presenti dell'assente ricevono i suoi beni in uno degli esposti casi, non aspettano loro i frutti scaduti dopo la dichiarazione di assenza, ma rimangono all'amministratore legale, in totalità o in parte, secondo i casi. — Gli eredi prendono i frutti scaduti precedentemente alla dichiarazione di assenza.
- XV. Quando vi si sommano per una sola parte de' beni, a questi beni si applica l'ordine, e gli altri restano sottoposti alla regola ordinaria. — Può dunque esservi in pari tempo, supposizione di morte per alcuni beni, e supposizione di vita per gli altri. Ma il coniuge presente non può simultaneamente rivestire le due id.
- XVI. Significato dell'ultimo comma del nostro articolo.
- XVII. Quando il coniuge presente elegga lo scioglimento provvisoriale, si rimove dal dritto comune, e si applicano le regole ordinarie dell'assente.
- XVIII. Diritti del coniuge su' beni che prevede in tal caso. — Questi diritti variano, secondo che il coniuge presente è il marito o la moglie.
- XIX. Nel caso di scioglimento provvisoriale, il coniuge deve prestar cauzione per tutto ciò che prende; perocchè per tutto può essere soggetta a restituzione.
- XX. Quando non vi è comunione, il nostro articolo non è applicabile.
- XXI. La supposizione di morte dell'assente, risultante dalla dichiarazione di assenza, non è però una privazione di dritto pienamente detta.

1. — Per l'intelligenza di questo articolo sono necessarie talune nozioni su' differenti modi, secondo i quali due futuri coniugi possono, sotto il codice civile, regolare le loro convenzioni matrimoniali.

Possono distinguere cinque regole o modi di contratti di matrimonio: 1° la comunione legale; 2° la comunione convenzionale; 3° la regola che esclude la comunione; 4° la separazione di beni, 5° la regola dotale. Noi discorreremo brevemente di ciascuno in cinque diversi paragrafi (1).

Primieramente la comunione è una società di beni fra i coniugi, la quale è legale, quando i coniugi si sono attenuti, per regolarla, alle disposizioni additate dalla medesima legge, e convenzionale, quando abbiano modificato tali disposizioni della legge con clausole particolari del loro contratto. Tutti coloro che non fanno contratto di ma-

sicché per lo nostro dritto i casi raffigurati dall'autore si riducono a quattro, e nell'ordine seguente: 1. la regola dotale (che in mancanza di contraria stipulazione impera per legge); 2. la regola esclusiva della dotale, o che la modifica in parte; 3. la regola della comunione (convenzionale anch'essa); 4. e la separazione di beni. (Nota del traduttore).

trinio trovansi di pieno dritto sottoposti alla comunione legale (1).

§. 1. — Comunione legale.

Nella comunione legale il fondo sociale comprende in generale: 1° in piena proprietà i beni mobili dei due coniugi; 2° le rendite soltanto de' loro immobili, la proprietà dei quali è conservata da ciascuno di essi rispettivamente; 3° il prodotto del lavoro e dell'industria di detti coniugi.

Tutto ciò che cade nella comunione, come si scorge, è mobile; ma è chiaro che se con tal valore mobiliare, con l'economia fatta sulle rendite, o col danaro portato da' coniugi, proveniente dalla loro industria o dalla vendita de' loro mobili, si acquistano immobili, quest'immobili formeranno proprietà della comunione. Chiamansi tali beni *acquisti della comunione*, (*conquêts ou acquêts*) in opposizione ai *propri della comunione*, nome che dassi a' beni personali de' coniugi.

Tutto ciò risulta dalla disposizione dell'art. 1401 (2).

Reciprocamente la comunione prende a suo carico, secondo l'art. 1409 (3) (3): 1° come compensazione della proprietà de' mobili de' coniugi, i debiti mobiliari che non sono relativi agl'immobili propri; 2° gl'interessi soltanto degli altri debiti e le riparazioni a farsi agl'immobili propri in compenso delle rendite di questi medesimi immobili; 3° infine, come compenso del prodotto del lavoro de' coniugi, le spese necessarie pel loro mantenimento e quello de' figli, e per tutti i bisogni della famiglia.

La comunione però ha inoltre a suo carico tutti i debiti, anche immobiliari, contratti per conto di essa dal suo capo (il marito), o dalla moglie qual mandataria di costui.

Il solo marito è amministratore della comunione, e l'amministra *cum libera potestate*, di guisa che, fino a un certo segno, ne è, finchè dura, considerato come proprietario, e può alienare e distrarre i beni che la compongono. Egli ha benanche la semplice amministrazione dei beni rimasti propri alla moglie. (V. l'art. 1421 [1396] (3) e 1428 [1399]).

In compenso di tale esorbitante potere dato al marito su' beni della comunione, e perchè la moglie, che non prende alcuna ingerenza nell'amministrazione, non sia obbligata a su-

bire tutte le conseguenze della cattiva gestione del marito, la legge accorda alla medesima, od a' suoi rappresentanti all'epoca dello scioglimento, la facoltà d'accettare gli obblighi della comunione o di rinunciarvi. In caso di accettazione la moglie o i suoi aventi-causa dividono per metà col marito od i suoi rappresentanti, e sono obbligati alla metà dei debiti. Quando essa rinuncia, non è tenuta ai debiti, ma non prende alcuna parte nell'attivo: riprende soltanto i suoi propri beni (V. l'art. 1453 [1418]).

§. 2. — Comunione convenzionale.

Chiamasi comunione convenzionale, come già l'abbiam detto, la testè esposta regola, modificata da queste o quelle particolari convenzioni che le parti hanno stipulato.

Per esempio, i coniugi hanno potuto restringere le basi della loro comunione, convenendo che tutti o parte de' loro mobili resterebbero di loro proprietà come i loro immobili, ovvero riducono la comunione agli acquisti che si farebbero nel corso della sua durata, il che dicesi *società di acquisti*.

Ed in senso contrario, hanno potuto ampliare le basi della loro società, stipulando che sarebbero sottoposti alla comunione non solo i mobili, ma anche una porzione o la totalità de' loro immobili.

Suppongasì che eglino abbiano potuto convenire che ciascuno di essi ricterrebbe i suoi debiti a proprio carico; che all'epoca dello scioglimento l'uno di essi avrebbe due terzi o tre quarti del fondo comune, l'altro soltanto un terzo od un quarto; o pure che il coniuge sopravvivate prelevarebbe prima sulla massa una data frazione, poi dividerebbe il resto egualmente con i rappresentanti dell'altro coniuge; che la moglie, ove rinunziasse, potrebbe riprendere non solo le sue proprietà, ma ancora tutto o parte di ciò che portò nella comunione. (V. su tutti questi punti l'art. 1497 (4)).

§. 3. — Regime che esclude la comunione.

Nel regime che esclude la comunione (il quale ha luogo quando i coniugi dicono che si maritano *senza comunione*, e col non aggiungere che adottano la tal regola particolare) tutti i beni di ciascun coniuge gli restano propri; ma il marito ha l'amministrazione ed

che la sola prima frase del corrispondente articolo francese, ed è così concepito: « il solo marito amministra i beni della comunione ». Tutt'altro, relativo alla facoltà di alienare e d'ipotecare, è stato soppresso dalle nostre leggi. (Nota del traduttore).

(4) Soppresso dalle nostre leggi. (Nota del traduttore).

(1) L'art. 1347 *leggi civili* dichiara al contrario che in mancanza di stipulazioni speciali che derogino alla *regola generale*, essa forma il dritto comune del Regno. (Nota del traduttore).

(2) Soppresso dalle nostre leggi. (Nota del traduttore).

(3) L'art. 1396 delle *leggi civili* non riproduce

il godimento di tutti i beni della moglie, dei quali trovasi vero usufruttuario. (V. gli art. 1530, 1531, 1533 (1)).

§. 4. — Separazione de' beni.

Quando i coniugi contraggono matrimonio con separazione di beni, restano, quanto a tali beni, per così dire stranieri l'uno all'altro, poichè ciaschenno di essi conserva l'amministrazione ed il godimento de' propri. Soltanto ciascuno contribuisce ai pesi del matrimonio, secondo la convenzione stabilita nel contratto; in mancanza di convenzione, la moglie deve per siffatto obbietto contribuire il terzo delle sue rendite (V. gli art. 1536 e 1537 (2)).

§. 5. — Regola dotale.

Nella regola dotale il marito conserva il godimento di tutti i suoi beni. Quanto alla moglie, essa conserva la proprietà de' suoi, ma per l'amministrazione e il godimento de' medesimi, bisogna distinguere, se i beni di lei sono in parte dotali e in parte parafernali, o pure tutti dotali o tutti parafernali (V. gli art. 1542 [1335], 1574 [1387] ed il principio dell'art. 1575 [1388]). Il marito ha l'amministrazione ed il godimento di tutti i beni dotali (1549 [1362]). La moglie conserva l'amministrazione ed il godimento de' suoi beni parafernali (1576 [1389]).

Sottoponendosi interamente alla regola dotale, i coniugi possono convenire che vi sarà fra loro società di acquisti (1581 [1394]), e potrebbero pure combinare in ogni altra maniera e la regola di comunione e quella dotale (Ved. l'art. 1387 [1341]).

Infine è mestieri osservare che, qualunque regola si adotti, ciascuno de' coniugi può fare, sia nel contratto di matrimonio, sia durante il matrimonio, delle liberalità su' propri beni a beneficio dell'altro coniuge, il quale le ripeterà, se sopravviva. Siffatti lucri nomansi guadagni di sopravvivenza.

Tali nozioni preliminari ben comprese, veniamo ora alla spiegazione del nostro articolo, e vediamo quali saranno gli effetti della dichiarazione di assenza sotto le diverse regole di matrimonio.

II. — Se il nostro articolo non esistesse nel codice, per ben conoscere i diritti e le obbligazioni del coniuge dell'assente, basterebbe trarre le conseguenze che risultano dalle disposizioni fin qui spiegate, cioè, che nel mo-

mento della dichiarazione di assenza tutte le cose debbono essere provvisoriamente poste nello stato in cui definitivamente si troverebbero, se l'assente fosse morto allorchè scomparve o cessò di dar sue notizie.

Ma l'articolo apporta una modifica a questa regola pel caso in cui i coniugi siano in comunione di beni. In effetti, se qui si applicasse la menzionata regola, la comunione dissorgendosi per la morte, la dichiarazione di assenza avrebbe per effetto di far rimontare il suo scioglimento provvisoriale al tempo della scomparsa del coniuge assente od a quello delle sue ultime notizie. Ora, come si scorge, è tutt'altro, poichè il primo periodo del nostro articolo dà al coniuge presente la facoltà di eleggere la continuazione della comunione, e di sospendere in tal modo l'esercizio de' diritti de' diversi interessati, i quali perciò si troveranno nella stessa posizione come se l'assente fosse presente.

Del resto, e facilmente si comprenderà, che la regola ed i principj ordinari bisognerà sempre applicare quando non vi sia comunione fra' coniugi.

Ed in vero, la legge accorda al solo coniuge in comunione di beni, la facoltà di paralizzare gli effetti della dichiarazione di assenza, eleggendo di continuare nella comunione. Notisi però che per esercitare si fatta facoltà non è necessario che i coniugi abbiano adottato la comunione legale. Se vi sia comunione convenzionale, per esempio, semplice comunione di acquisti, avvegnachè fosse combinata con la regola dotale, i coniugi sono sempre in comunione quanto a' beni che compongono la società di acquisti; ed in conseguenza per questi beni si applicherà il nostro articolo, e per gli altri beni del coniuge assente le regole ordinarie. Ritorneremo su di ciò nel n. XV.

III. —Eleggendo di continuare nella comunione, il coniuge *prende*, se è la moglie; *conserva*, se è il marito, l'amministrazione dei beni del coniuge assente. In tal caso quel coniuge dalla stessa legge riceve il nome di *amministratore legale* (art. 127 [133]).

Vediamo quali saranno i diritti di questo amministratore. Ed in pr'ma dev'egli prestare cauzione?

La cauzione dovrebbe prestarsi, qualora l'urgenza della circostanza o l'utilità soltanto lo richiedesse.

Infatti nel 1825 scomparisce una moglie, senza che in seguito si abbia alcuna notizia di essa; nel 1829 è chiesta la dichiarazione di assenza, che è pronunziata nel 1830; il marito, determinandosi per la continuazione della comunione, conserva l'amministrazione che precedentemente aveva. Nel 1835 si viene a conoscere la morte di sua moglie.

(1) Soppressi dalle nostre leggi. (Nota del trad.)

(2) Soppressi dalle nostre leggi (Nota del traduttore).

avvenuta nel 1832. La comunione, apparentemente durata fino al 1835, è dunque in realtà disciolta da tre anni, e gli eredi della moglie hanno perciò dritto alla metà della comunione tal quale era tre anni innanzi. Intanto durante questi tre anni il marito ha potuto distrarre una notevole parte, ed ove non abbia de' beni personali, su' quali possano rivalersi gli eredi della moglie, costoro perderanno una parte di ciò che loro appartiene. Sarebbe dunque convenevole richiederla cauzione.

Tuttavia non richiedendola la legge, non ci sembra giusto esigerla, non potendosi nulla aggiungere alle sue disposizioni. Indubitatamente il legislatore pensò che sarebbe stato troppo duro domandare cauzione a colui che non fa che continuare un'amministrazione che sempre ha avuta, e ciò riguardo al marito. D'altra parte non ha voluto rendere la posizione della moglie peggiore di quella del marito, domandando a lei una cauzione che a costui non richiedeva.

Qualunque sia stato il motivo del legislatore, il coniuge, che elegge di continuare nella comunione, è sempre dispensato dall'obbligo della cauzione. Ciò si scorge ravvicinando questa prima parte del nostro articolo con gli art. 120 e 123 [126 e 129], e soprattutto la seconda parte dell'articolo medesimo. Nell'art. 120 [126], ove si tratta dell'immissione provvisoria degli eredi, la legge richiede cauzione; nell'art. 123 [129], ove si tratta del pari dell'immissione provvisoria di tutti gli altri interessati, la legge richiede pure cauzione; nella prima parte poi del nostro art. 121 [130] in cui non trattasi più d'immissione provvisoria, la legge non parla di cauzione, ma nello stesso articolo, tre righe più sotto, parlando dello stesso coniuge che domanda lo scioglimento provvisorio della comunione, la legge novellamente richiede cauzione. Certamente in vista di simiglianti disposizioni non si può supporre una dimenticanza da parte del legislatore.

Non può d'altronde restare alcun dubbio su questo pensiero del legislatore, mentre si scorge, dal discorso dell'oratore del governo, che egli ha esitato a domandare siffatta cauzione al coniuge, anche quando questi viene qual semplice immesso provvisorio in possesso.

Il testo e lo spirito del codice dispensano dunque il coniuge dal dare cauzione in tal caso; ed in conseguenza è un violare la legge il richiederla, come ha praticato un arresto di Parigi del 9 gennaio 1826.

IV. — La parità di posizione, che abbiamo indicato fra il marito o la moglie, non esisterà sempre sotto tutti i rapporti.

Ed in prima la scelta offerta al coniuge

presente, fra la continuazione e lo scioglimento provvisorio della comunione, non potrà essere dalla moglie esercitata che dietro autorizzazione del tribunale. La donna maritata in fatti, come si osserva dagli art. 215, 216, 217, 218, 219, 776, 934 cc. [121, 122, 123, 124, 125, 693, 858], non può fare alcun atto, nè stare in giudizio (eccetto quando trattasi di qualche misfatto o delitto) senza l'autorizzazione di suo marito, o, in mancanza di costui, del tribunale: bisognerà dunque, attesa l'assenza del marito, che la moglie sia autorizzata dal tribunale per esercitare l'elezione di cui fa motto il nostro articolo. È questa una prima differenza tra il marito e la moglie. Oltracciò vi sarà pure una grande differenza fra essi relativamente a' dritti di amministrazione del coniuge presente, durante la continuazione della comunione.

In tal caso la moglie, come dice il nostro articolo, *prende* un'amministrazione che non avrebbe giammai ottenuto nell'ordine regolare delle cose. Dippiù essa cercherebbe invano altrove che nel nostro titolo *degli assenti* una disposizione che lo accordasse un dritto qualunque; laonde avrà solo quelli indicati in questo medesimo titolo, ed accordati agli immersi provvisori. Viceversa, il marito *conserva* l'amministrazione, che già teneva, in virtù di altre disposizioni della legge, ed attingerà i suoi dritti dal titolo *del contratto di matrimonio*, conservando solo quelli che non gli toglierà una disposizione del titolo *degli assenti*.

Così, 1.^a la moglie, non avendo che i dritti accordati dal nostro titolo, non potrà, giusta l'art. 128 [134], nè ipotecare, nè alienare gli immobili, sia del marito, sia della comunione. Essa non potrà nemmeno alienare i mobili, pochè vi si opporà il secondo comma dell'articolo 126 [134]. Egli è vero che si riguarda in generale l'alienazione de' mobili come un atto di amministrazione, e che laddove la legge stabilisce il dritto di amministrare, ordinariamente, qual conseguenza, stabilisce pure quello di alienare i mobili. Tra le altre disposizioni possono osservarsi quelle degli art. 1428, 1419 [1399, 1413] e dell'art. 1536 combinato con l'art. 1533 (1) nei quali il legislatore, stabilendo il dritto di amministrare, accorda quello di alienare i mobili, sia formalmente, sia implicitamente, proibendo soltanto di alienare gl'immobili. Ma sotto l'art. 126 [132] vedremo che la legge, facendo eccezione a siffatta regola, vuole che i mobili dell'assente non siano venduti, fintantochè il tribunale non l'ordinerà, non ostante che l'amministratore volesse vender-

(1) Soppressi dalle nostre leggi. (Nota del traduttore).

li, e che reciprocamente la vendita ne sia fatta, se è ordinata, malgrado la volontà contraria del medesimo amministratore. La moglie dunque non potrà alienare alcuna cosa, nè mobili, nè immobili, sia del marito assente, sia della comunione.

E non si dica che in questi articoli 126 [132] e 128 [134] trattatisi solo de' beni dell'assente, e che perciò la loro applicazione dovrebbe limitarsi ai beni propri del marito; ciò sarebbe un errore. Primieramente il nostro titolo, come già abbiain detto, essendo il solo che si occupa dell'amministrazione della moglie, costei non potrebbe trovare altrove dritti più estesi di quelli che sono indicati da questi articoli. In secondo luogo i dritti della moglie sulla comunione non dovendo verificarsi che all'epoca dello scioglimento, di modo che fino a quando siffatta comunione dura o si reputa durare il marito n'è considerato l'unico padrone, ne segue che se il marito è l'assente, i beni della comunione debbono essere considerati quali beni di lui, e perciò come beni dell'assente. Tale è la conseguenza dell'art. 1421 [1396].

Riguardo ai suoi propri immobili, la moglie non potrebbe alienarli od ipotecarli che per la semplice proprietà, poichè la rendita ed il godimento appartengono alla comunione; e per effettuare ciò richiedesi pure l'autorizzazione del tribunale, a norma di ciò che è stato detto di sopra.

2° Quanto al marito, il quale certamente ha sempre il dritto d'ipotecare o di alienare tutti i suoi beni propri, senza veruna distinzione di mobili o d'immobili, avrà pure simile dritto sopra i beni della comunione, poichè tal dritto di venderli, di distrarli, gli è accordato dalle disposizioni contenute nel titolo del contratto di matrimonio (art. 1421 [1396]), e per nulla gli è tolto dagli art. 126 e 128 [132 e 134]. Di fatti questi articoli non parlano che de' beni dell'assente; ora nel nostro caso il coniuge assente è la moglie, ed i beni della comunione al presente non sono i beni di lei, ne anche per la metà, o per qualunque altra porzione convenuta, alla quale ella avrà dritto soltanto all'epoca dello scioglimento. Il marito avrà dunque il dritto di alienare tutti i beni della comunione, purchè ciò sia a titolo oneroso; imperciocchè a titolo gratuito non può alienare nè gl'immobili, nè la totalità o una porzione dei mobili, ma soltanto determinati oggetti tra questi mobili [1422] (1). Riguardo a' beni che sono rimasti in proprietà alla moglie, il marito non potrà alienare nè i mobili nè gl'immobili.

(1) Sopprese dalle nostre leggi (Nota del traduttore).

Infatti quanto agl'immobili egli non lo potrebbe, quand' anche la moglie non fosse assente (art. 1428 [1399]), di guisa che i suoi dritti sotto siffatto rapporto non sono punto ristretti dall'art. 128 [134], ma bensì dal dritto comune che gli proibisce di alienarli o d'ipotecarli. Circa a' mobili è diversamente: se si applicassero gli ordinari principj potrebbe alienarli (arg. art. 1428); ma nel nostro caso vi si oppone il secondo comma dell'art. 126 [132]. Dippiù il primo comma di questo art. 126 [132] impone al coniuge che elegge di continuare nella comunione, senza distinguere se sia il marito o la moglie, l'obbligo di far redigere l'inventario de' mobili che appartengono all'assente, affin d'impedire la distrazione di tutto o parte di essi.

V. — La facoltà che avrà il marito, durante l'amministrazione legale, di alienare i beni mobili o immobili della comunione, dev'essere combinata col dritto che nel n. III abbiain riconosciuto negli eredi della moglie, di domandare, dopo provata la morte di costei, la metà di siffatta comunione tal quale era nel momento di detta morte.

Per esempio, un marito nel 1830 elegge di continuare nella comunione esistente fra lui e la moglie assente, e nel 1836 si ha notizia che costei è morta nel 1832. In quest'ultima epoca la comunione offriva un attivo netto di 60.000 franchi ed oggi è ridotta a 40.000, perchè il marito per la somma di 20.000 franchi ha venduto un immobile, il cui prezzo più non esiste. Da un canto gli eredi della moglie potranno richiedere 30.000, franchi, metà del valore che avea la comunione nel 1832; perchè, effettivamente essendo stata essa sciolta prima della vendita dell'immobile, il marito ha venduto un fondo, della cui metà soltanto era proprietario, appartenendo l'altra irrevocabilmente agli eredi della moglie. Ma d'altra banda il compratore non potrà essere molestato, e la vendita sarà valida pel totale, in virtù degli art. 1421 e 124 [1396 e 130] ravvicinati. Difatti, secondo l'art. 1421, il marito può alienare i beni della comunione finchè essa duri; ora l'art. 124 dichiara che la comunione continua dopo la dichiarazione di assenza, in conseguenza della scelta che fa il marito pel proseguimento di essa. Dichiarare nulla la vendita da lui fatta sarebbe dunque fare del nostro articolo un' insidia tesa a' terzi di buona fede dalla stessa legge; laonde gli eredi della moglie non avranno regresso che contro il marito.

VI. — La continuazione provvisoria della comunione, risultante dalla elezione del coniuge presente, e l'amministrazione legale che n'è la conseguenza, possono in sei modi terminare:

1.° Per la prova dell'esistenza del coniuge assente;

2.° Per la prova della sua morte;

3.° Pel decorso di trent'anni dopo la dichiarazione di assenza, o di cento anni dopo la nascita dell'assente;

4.° Per la morte del coniuge presente;

5.° Per la rinuncia fatta dal coniuge alla continuazione della comunione dal medesimo accolta;

6.° Finalmente per la dichiarazione di assenza del secondo coniuge, prima presente.

Diamo una breve spiegazione su ciascuno di questi sei casi.

VII. — 1.° *Cessazione del proseguimento provvisoriale della comunione e dell'amministrazione legale per la prova dell'esistenza dell'assente.*

Allorchè il coniuge assente ricomparisca, o si abbiano sue notizie, la comunione, che in virtù della dichiarazione di assenza si riguardava come se avesse avuta un' apparente continuazione dopo la scomparsa o le ultime notizie dell'assente, ha realmente continuato e continua tuttora. Dunque l'amministrazione legale, effetto della elezione del coniuge presente, cessa per dar luogo all'amministrazione ordinaria. Così, se la moglie aveva l'amministrazione legale, ella la cede al marito; se per contro teneasi dal marito, egli continua ad amministrare, ma non altrimenti che come un vero capo d'una comunione tuttavia esistente.

VIII. — 2° *Cessazione del proseguimento provvisoriale della comunione e dell'amministrazione legale per la prova della morte dell'assente.*

Nel caso precedente la realtà trovavasi d'accordo colle misure provvisoriale; provvisoriamente si era fatta durare la comunione, e dal fatto era dimostrata che tale comunione era realmente durata. Qui avverrà lo stesso qualche volta, ma non sempre; bisognerà indagare in qual epoca è avvenuta la morte di cui oggi si ha la prova. Se il coniuge assente è morto nel momento in cui si è ricevuta la notizia, il provvisorio si troverà pure d'accordo col reale, poichè la comunione che si è reputata continuare, realmente continuava, e la cessazione della sua continuazione provvisoriale avrà luogo nello stesso tempo del suo scioglimento reale. Ma non avverrà più lo stesso, qualora, conoscendosi la morte dell'assente, sia essa già avvenuta da molti anni; allora in effetti la comunione, dopo essersi realmente disciolta, sarà durata provvisoriamente ed in apparenza, e bisognerà risalire a molti anni dietro per stabilire i dritti rispettivi del coniuge presente e degli eredi del coniuge assente senza avere riguardo a siffatta continuazione puramente apparente.

Così supponiamo che la dichiarazione di assenza e la elezione del coniuge presente per la continuazione provvisoriale abbiano avuto luogo nel 1825, e che nel 1836 si conosca la morte del coniuge assente avvenuta nel 1832; dovrà dividersi la comunione quale era all'epoca del 1832, senza aversi riguardo all'aumento o alla diminuzione che i quattro anni posteriori le abbiano potuto arrecare.

IX. — 3° *Cessazione della continuazione provvisoriale della comunione e dell'amministrazione legale, pel decorso di trent'anni dopo la dichiarazione di assenza, o di cento anni dopo la nascita dell'assente.*

Dalla semplice lettura degli art. 129 e 132 [135 e 138] si scorge, che quando sono decorso trent'anni dopo la dichiarazione di assenza, o cento anni dopo la nascita dell'assente, la presunzione che costui sia morto diventa sì grave agli occhi della legge, che il possesso de' suoi beni, non più provvisoriale ma definitivo, è accordato ai diversi aventi dritto, i quali da tal momento possono disporre come proprii loro beni, salvo, se l'assente ritorni, a restituirgli soltanto quelli che si avessero ancora fra le mani. In tal caso dunque scomparirà la presunzione di vita, che la legge avea fatto risultare, malgrado la dichiarazione di assenza, dalla elezione fatta dal coniuge presente per la continuazione provvisoriale della comunione; la dichiarazione di assenza ricupererà tutto il suo vigore; l'assente sarà reputato morto dal giorno stesso della sua scomparsa o delle ultime notizie, e la comunione si dividerà giusta i dritti che in tal giorno avevano il coniuge presente e gli eredi presuntivi del coniuge assente; la continuazione provvisoriale e le sue conseguenze saranno dunque in tal caso reputate non avvenute, eccetto però, secondo quel che abbiamo detto ne' n. V e VI di sopra, quanto riguarda gli atti fatti dal coniuge amministratore legale ne' limiti delle sue attribuzioni. E però, se il marito abbia amministrato, le alienazioni da lui fatte de' beni della comunione apparente resteranno valide rispetto agli acquirenti, e sarà tenuto soltanto a dar conto agli eredi presuntivi della moglie della diminuzione che abbia potuto far subire al cespite comune dopo il momento della scomparsa.

Per esempio, nel 1805 una moglie è scomparsa; nel 1810 si pronunzia la dichiarazione di assenza, ma il marito ne arresta gli effetti, eleggendo di continuare nella comunione. Si giunge al 1840 senza alcuna notizia; il decorso di trent'anni dopo la dichiarazione di assenza fa ritornare ad aver luogo la presunzione di morte, che la legge avea rimossa a motivo della determinazione del marito. Siffatta presunzione, risalendo sino al 1805, fa

reputare sciolta, a partire da quest'epoca, la comunione che in apparenza è durata fino al 1840. Se dunque oggi, nel 1840, il fondo comune è più ricco di quello che era nel 1805, su tale aumento non avranno alcun dritto gli eredi della moglie, i quali non possono domandare che la metà (od ogni altra frazione convenuta nel contratto) della massa, tal quale era nel 1805. Reciprocamente, se la comunione sia meno ricca del 1805, perchè il marito ha venduto de' fondi, che appartenevano alla comunione, avendone distratto o perduto il prodotto, le alienazioni per verità resteranno valide quanto ai terzi, in virtù degli art. 1421 e 124 [1306 e 130] (1) ravvicinati; ma egli dovrà indennizzare gli eredi presuntivi della moglie, e dar loro la metà di ciò che formava la massa nel 1805.

I medesimi effetti si avranno pel decorso di cento anni dopo la nascita dell'assente.

Del resto, come facilmente si comprende, il provvisorio in tal caso non termina che per dar luogo ad altre misure parimenti provvisorie. Di fatti, se è vero che il proseguimento della comunione, che oggi si reputa come non avvenuto, non era che presunto; è vero egualmente che lo scioglimento, che gli si sostituisce, e che si fa risalire all'epoca stessa della scomparsa, sia del pari presunto. Potrebbe dunque in seguito provare, o che la comunione sia sempre durata e duri tuttora, o che sia stata disciolta in un'altra epoca diversa da quella della scomparsa.

Nel primo caso, cioè se si dimostri che la comunione duri tuttora, gli eredi presuntivi, che avevano diviso la comunione col coniuge presente, restituiranno tutta la lor parte della comunione, e ciò che rimarrà loro solamente de' beni propri dell'assente, come osserveremo sotto l'art. 132 [138] n. IV. La comunione continuerà come se non vi fosse stata mai assenza.

Nel secondo caso, cioè se si pruovi che il coniuge assente è morto, e che in conseguenza si è disciolta la comunione, ma ad un'epoca più remota della scomparsa, vi sarà luogo a nuovi calcoli; la comunione tal quale era alla detta epoca, ora conosciuta, del suo scioglimento reale, dovrà dividersi fra il coniuge presente (od i suoi rappresentanti, se questo coniuge sia morto) e gli eredi del coniuge assente. Se dunque nel momento della scomparsa (momento che si era preso in considerazione per effettuare la prima divisione), la comunione avea un valore maggiore di quello dell'epoca del suo scioglimento reale, gli eredi del coniuge assente avranno ricevuto più di quel che doveano percepire, e sa-

(1) Il primo articolo nostro ha in parte modificato quello del codice francese. Veggansi a' luoghi rispettivi. (Nota del traduttore.)

ranno perciò tenuti alla restituzione; se, viceversa, alla prima epoca avea un valore minore di quello del tempo dello scioglimento, essi avran dritto ad essere indennizzati dal coniuge presente o dai suoi rappresentanti.

X.—4° *Cessazione del proseguimento provvisoriale della comunione e dell'amministrazione legale, per la morte del coniuge presente.*

Se prima che spirino i trent'anni dopo la dichiarazione di assenza del coniuge, o i cento anni dopo la sua nascita, ed inoltre prima della prova acquistata, sia dell'esistenza, sia della morte del coniuge assente, il coniuge presente, amministratore legale, muore anch'esso, la comunione allora è in modo certo disciolta, poichè la morte di uno dei coniugi è da quel momento provata. Lo scioglimento si reputerà avvenuto non solo dalla morte del coniuge presente, ma anche dalla scomparsa del coniuge assente.

Difatti, il proseguimento provvisoriale della comunione non potendo più durare, ritornano in vigore gli effetti della dichiarazione di assenza, che per siffatta continuazione non potevano aver luogo; ora il principale di questi effetti è di far supporre l'assente morto dal giorno stesso in cui è scomparso, ed in conseguenza disciolta la comunione da quel medesimo istante.

Anche dunque in questo caso la comunione, siccome era nel momento della scomparsa o delle ultime notizie dell'assente, si dividerà fra gli eredi del coniuge che muore e gli eredi presuntivi del coniuge assente. Si in questo però, come nel precedente caso, si adatteranno semplicemente misure provvisorie, e si farà in seguito la divisione su diverse basi, qualora si dimostri o che il coniuge assente era vivo ancora nel momento della morte del coniuge presente, e che in conseguenza la comunione si è realmente disciolta da quest'ultima epoca, e non da quella della scomparsa dell'assente come si era supposto, o pure che esso coniuge assente era morto prima del coniuge presente, e che per tal causa fin da quel tempo fu sciolta la comunione, ma che siffatta morte invece di avvenire nell'epoca della scomparsa, come si era supposto, ebbe luogo posteriormente.

XI.—5° *Cessazione del proseguimento provvisoriale della comunione e dell'amministrazione legale per la rinunzia che il coniuge presente fa a tale continuazione.*

Come si è dovuto già comprender benissimo, il dritto accordato dalla prima frase del nostro art. 124 [130] al coniuge in comunione di beni di eleggere di continuare nella comunione, e di sospendere così gli ordinari effetti della dichiarazione di assenza, è un privilegio introdotto nell'unico interesse di tal

coniuge, e del quale costui a suo piacimento può o pur non fare uso. Da ciò ne segue che quando questo coniuge avrà eletto per la continuazione, potrà sempre rinunziarvi, e restituire così le cose al loro corso naturale.

Allorché dunque si farà tale rinunzia, qualunque sia l'epoca in cui abbia luogo, la dichiarazione di assenza, i cui effetti erano sospesi dalla continuazione provvisoria, riprenderà il suo vigore; bisognerà perciò reputar morto l'assente dal giorno della sua scomparsa, ed in conseguenza da questo stesso istante disciolta la comunione. In quest'ultima ipotesi dunque, come nelle due precedenti, si dividerà provvisoriamente fra il coniuge presente e gli eredi presuntivi del coniuge assente la comunione siccome era nel momento della scomparsa di quest'ultimo; salvo pure, come ne' casi precedenti, di fare posteriormente una novella divisione, se in seguito si dimostri che la comunione si sia realmente disciolta in un'epoca diversa; e viceversa, come nel terzo caso, n. IX, salvo a domandare la restituzione agli eredi presuntivi, ed a continuare la comunione, se apparisca che questa, presunta disciolta, abbia sempre realmente durata.

XII. — 6^a Cessazione del proseguimento provvisorio della comunione e dell'amministrazione legale, per l'assenza del coniuge amministratore.

Allorché il coniuge presente, che aveva eletto di continuare provvisoriamente nella comunione, pur egli si allontani, la sua assenza, finché non è che presunta, nulla cangia alle misure adottate. Difatti, abbenchè nella presunzione di assenza vi sia già incertezza sull'esistenza dell'individuo, pur nullameno, come si è osservato, la legge non riconosce ancora alcuna probabilità di morte; soltanto quando l'incertezza è divenuta molto grave per far dichiarare l'assenza, ella proclama siffatta probabilità, e ne trae le conseguenze. Finché dunque il coniuge amministratore non sarà che in presunzione di assenza, rimarranno ferme le misure precedentemente adottate; vi sarà luogo solamente a chiedere al tribunale che provveda all'amministrazione de' beni che la scomparsa di lui lascia in abbandono, purché non avesse lasciato un mandatario, conformemente all'art. 112 [118].

Ma se questo coniuge viene ad essere dichiarato assente, è per ciò supposto morto; dunque la continuazione provvisoria della comunione cessa; in conseguenza la dichiarazione di assenza del primo coniuge riprende tutto il suo vigore, e quindi lo scioglimento provvisorio della comunione risale al giorno della scomparsa del primo assente. Fa mestieri dunque dividere la comu-

nione fra gli eredi presuntivi de' due coniugi assenti, siccome essa era all'epoca della scomparsa del primo.

È ben chiaro che le misure, che allora si prendono, non sono che provvisoriale, le quali possono in seguito essere sostituite da altre che saranno parimente provvisoriale. Difatti posteriormente a questa dichiarazione di assenza del secondo coniuge si potrà sapere:

1^o o l'esistenza di ciascuno de' due assenti;
2^o o l'esistenza dell'uno, e la morte dell'altro;

3^o o la morte dell'uno o dell'altro;

4^o o l'esistenza dell'uno, continuando l'altro ad essere assente;

5^o o infine la morte dell'uno, continuando l'altro ad essere assente.

Ne' primi tre casi (esistenza di entrambi; morte di ambedue; esistenza dell'uno, morte dell'altro) non vi è più incertezza, nè più assenza; si rientra nel vero, e sono definitive le misure che si prendono, sia di continuazione della comunione, quando vivano entrambi, sia dello scioglimento, quando l'uno o ciascuno de' due sia morto. Ma nel quarto e quinto caso, in cui l'uno de' due resta assente, non si adottano del pari che misure provvisorie; imperocché la conoscenza; posteriormente acquistata, o dell'esistenza o della morte dell'assente, può provare che la comunione, che erasi presunta sciolta alla tale epoca, o duri tuttora, o non sia stata sciolta che in epoca diversa.

XIII. — Per reassumere quanto fu esposto dal n. VI inclusivamente in poi diciamo: la continuazione provvisoria della comunione e l'amministrazione legale del coniuge presente possono terminare in sei modi diversi:

1^o Per la prova dell'esistenza del coniuge assente, ed allora la comunione è durata in realtà e continua tuttavia;

2^o Per la prova di morte del coniuge assente, ed allora la comunione si divide fra il coniuge presente e gli eredi del defunto, siccome era nel momento della morte di costui, senza aversi riguardo alla continuazione apparente, posteriore allo scioglimento reale.

In questi due primi casi le misure che si determinano, sono definitive e irrevocabili.

3^o Pel decorso di trent'anni dopo la dichiarazione di assenza del coniuge, o di cento anni dopo la sua nascita. Qui lo stato provvisorio non è sostituito che dal provvisorio. L'assente reputasi morto dal momento stesso della sua scomparsa, e la comunione si divide fra il coniuge presente e gli eredi presuntivi dell'assente siccome essa era al tempo della stessa scomparsa, salvo a farsi

una novella divisione, qualora trovisi provato in seguito che lo scioglimento reale abbia avuto luogo in un'altra epoca; e al contrario salvo a domandare la restituzione agli eredi presuntivi ed a continuare la comunione, se si provasse che realmente siffatta comunione non sia stata punto sciolta.

4° Per la morte del conuge presente. Si divide ancora la comunione fra gli eredi del conuge presente, defunto, e quelli presuntivi del conuge assente, siccome era al tempo della scomparsa dell'assente, presunto morto a quest'epoca; salvo a farsi una divisione novella, qualora si pruovi che la comunione medesima non sia stata sciolta che posteriormente.

5° Per la rinunzia che fa l'amministratore alla continuazione. Anche in tal caso si divide provvisoriamente la comunione tal quale era nel momento della scomparsa dell'assente, salvo, come nel terzo caso, a riprendere i benedati agli eredi presuntivi, per continuare la comunione, o pure a fare una novella divisione, se si provasse che la comunione sia sempre durata o duri tuttora, o che sia stata sciolta in epoca diversa da quella della scomparsa dell'assente.

6° Finalmente per la dichiarazione di assenza del conuge che prima aveva eletto di continuare nella comunione; ed allora (provvisoriamente e salvo a prendersi in seguito altra misura, se vi ha luogo) si opera come se questo conuge fosse morto, cioè la comunione si divide fra gli eredi presuntivi dei due coniugi assenti, secondo il valore che aveva nel tempo della scomparsa del primo.

XIV. — Ogni qual volta gli eredi reali o presuntivi del conuge assente, morto o riputato morto, per uno dei sei esposti motivi vengono a dividere la comunione col conuge presente o i suoi eredi, costoro prendono e i beni propri dell'assente e quelli che formano la sua porzione nella comunione, tal quale era al tempo del suo scioglimento reale o presunto. Con questi diversi beni, secondo i principj generali del diritto, essi dovrebbero domandare ed ottenere tutti i frutti, rendite ed interessi prodotti dai medesimi beni dal giorno in cui abbia avuto luogo lo scioglimento, sia reale, sia presunto, fino a quello in cui tali beni siano loro consegnati. Di fatti dopo questo scioglimento, in altri termini, dopo la morte reale o presunta dell'assente, essi sono presunti, o si presumono di essere stati proprietari di tali beni; per principio dunque essi hanno diritto ai soli frutti prodotti a contare dalla detta epoca.

Ed in vero essi li prenderebbero se non avessimo nel codice la disposizione dell'art. 127 [133]. Ma siffatto articolo lo impedisce loro,

Marcadé T. I.

attribuendo al conuge amministratore legale tutti o parte di questi frutti: tutti, quando la divisione non ha luogo che trent'anni dopo la dichiarazione di assenza: nove de' eimi, se la divisione si fa prima dei trent'anni, ma quindici anni dopo la scomparsa dell'assente; infine quattro quinti soltanto, se si fa prima dei quindici anni.

Tuttavia non sarà sempre su i frutti prodotti dai beni durante *tutto l'intervallo* fra lo scioglimento e l'istante in cui si fa la divisione, che il conuge presente o i suoi eredi potranno prendere una parte o la totalità. In effetti questo conuge non ha diritto ai detti frutti, in virtù dell'art. 127 [133], se non in quanto è amministratore legale; ora l'amministrazione legale non comincia che dopo la dichiarazione di assenza. Allorchè dunque lo scioglimento, sia reale, sia presunto, della comunione, risalirà ad un'epoca anteriore alla dichiarazione di assenza (cioè che non avrà luogo che qualche volta, quando si tratterà di uno scioglimento reale; ma sempre, quando si tratterà di uno scioglimento presunto, imperciocchè quest'ultimo risale al giorno della scomparsa); allora tutti i frutti prodotti dai beni dopo siffatto scioglimento, fino alla dichiarazione di assenza, apparterranno esclusivamente agli eredi dell'assente, e saranno loro consegnati con gli stessi beni ed allo stesso titolo.

Diciamo *allo stesso titolo*, cioè definitivamente e come a veri proprietari, se la divisione abbia luogo in virtù d'uno scioglimento reale della comunione: ma provvisoriamente soltanto e salvo restituzione, qualora non si tratti che d'uno scioglimento presunto. Di fatti tali frutti, come ciò risulta dal comma 2 dell'art. 126 [132] e dai principj generali, ai quali l'art. 127 [133] non derogava quanto ai medesimi, poichè non parla che di quelli prodotti posteriormente alla immissione provvisoria in possesso, od all'amministrazione legale; tali frutti, diciamo, formano un capitale che fa parte dei beni dell'assente ed è sottoposto alle stesse regole di questi beni. Ciò è quanto abbiamo già provato sotto l'art. 123 [129] n. IV.

Il conuge presente non potrà dunque pretendere alcun diritto su tali frutti, ma potrà esigere che gliene si rilasci una piccola parte come compenso delle cure e delle fatiche sofferte per l'amministrazione anteriore alla dichiarazione di assenza, se effettivamente egli abbia amministrato prima di siffatta dichiarazione.

Diciamo *se egli abbia amministrato*; imperciocchè potrebb'essere che durante la presunzione di assenza, l'amministrazione siasi esercitata, da altri, ed allora il compenso spetterebbe ad un mandatario che l'assente

avesse lasciato, o ad un curatore nominato dal tribunale.

XV. — Di già abbiamo fatto osservare di sfuggita, ma qui dobbiamo più specialmente dire, che la prima disposizione del nostro art. 124 [130] si potrebbe applicare non solo al caso della comunione legale, ma ancora a quello della comunione convenzionale ed anche a quello di una semplice comunione di acquisti che accompagni o pur no la regola dotale. In quest'ultimo caso bisognerebbe applicare tale disposizione ai soli beni su i quali la comunione abbia dei diritti, e viceversa applicare la regola ordinaria agli altri beni del coniuge assente. Siffatta regola, comunque si chiami, dispone che una volta pronunciata la dichiarazione di assenza, possono prendersi provvisoriamente tutte le misure che difficilmente si adotterebbero se fosse morto l'assente.

Così, quando i coniugi avranno contratto matrimonio sotto il regime della comunione legale, tal regime assorbendo senza eccezione tutti i beni dell'assente, la continuazione della medesima, risultamento della scelta del coniuge presente, impedirà a tutti gli altri, che abbiano un diritto qualunque, di esercitarlo, ed in conseguenza farà riputare la dichiarazione di assenza non avvenuta completamente e per tutti i beni; di guisa che malgrado tale dichiarazione l'assente si presumerebbe ancora vivente.

Ma se non si trattasse che d'una comunione convenzionale poggiata su basi meno ampie; a mo' d'esempio se fosse convenuto che l'amministrazione ed il godimento di tali o tali altri immobili rimarrebbero al coniuge al quale questi immobili appartengono, la continuazione della comunione non avrebbe effetto in quanto a questi beni, e ad essi bisognerebbe applicare la regola ordinaria, cioè che provvisoriamente s'immetterebbero in possesso gli eredi presuntivi, o i donatari, o i legatari ec., di modo che riguardo a tali beni la presunzione della morte dell'assente produrrebbe il suo effetto.

Avverrà lo stesso nel caso in cui i coniugi avessero adottata la regola dotale nello stipulare una comunione di acquisti. La scelta del coniuge presente per la continuazione della comunione non avrà effetto che per i beni che compongono questa comunione di acquisti; circa poi tutti i beni dotali o parafernali essi resteranno sottoposti agli effetti ordinari della dichiarazione di assenza.

Così per applicare in tal caso le probabilità determinate dalla legge bisognerà dire che l'assente simultaneamente debba presumersi vivente sotto un certo rapporto, e in quanto a taluni beni, e morto sotto un altro rapporto ed in quanto ad altri beni.

Questa dottrina del resto, non è da tutti ammessa. Essa è il punto medio delle due estreme teorie, delle quali l'una insegna, che allorché non vi è comunione pura e semplice, comunione perfetta, insomma *legale*, il coniuge presente non ha alcun dritto di scelta e non può per nulla impedire gli effetti della dichiarazione di assenza; mentre, secondo l'altra, una semplice società di acquisti basterebbe per arrestare l'effetto di tale dichiarazione rispetto a' beni tutti dello assente, senza limitazione alcuna. La prima opinione non ha che pochi seguaci, non così l'altra che è professata da molti, massime da Toullier, Duranton, Bellot, Zachariae e Demolombe (II, 276). Ora, secondo noi, ambedue contraddicono ai principi della legge.

Il torto comune di ambo queste dottrine è il volere che quando si dia un doppio regime di matrimonio, l'uno domini l'altro e l'superi in guisa da servir solo di punto di partenza. Così, quando due coniugi adottino la regola dotale con comunione di acquisti, i fautori della prima opinione ci dicono: « Gli sposi sono maritati sotto il regime dotale, quindi non trova applicazione l'articolo 124 [130]. » Gli avversari rispondono: « Malgrado la esistenza della regola dotale i coniugi sono in comunione, quindi l'articolo 124 [130] è assolutamente da applicarsi e per tutti i beni. »

Ma perchè agguarsi al vero solo per metà? Nella specie i coniugi non sono esclusivamente sotto uno de' due regimi, ma contemporaneamente sotto tutti e due; sotto l'uno per taluni beni, e sotto il secondo per taluni altri, e quindi è uopo a quelli far fruire i vantaggi ed i disagi della comunione, a questi i diritti ed i doveri del regime dotale. E però sendovi comunione per questi beni, perchè il coniuge presente non dovrà continuare in tale comunione, ampia o ristretta che sia, e con ciò non ostacolare, quanto a' beni che ne formano l'oggetto, l'esercizio de' dritti dipendenti dalla morte dell'assente? Ma reciprocamente, come si potrà dire che essendovi comunione soltanto per taluni beni, per gli altri si possa invocare l'art. 124 [130]? Non si accorgono che le loro parole menano ad assurdi, poichè trattasi della *continuazione* provvisoria della comunione rispetto a beni nei quali non esiste comunione?

In breve: lo spirito e' il testo dello art. 124 [130] accordando il beneficio, di cui è parola, al coniuge in *comunione di beni*, il coniuge presente ne dovrà dunque godere sempre e soltanto ne' limiti ne' quali quella esiste. Laonde a nostro avviso vi può esser luogo alla simultaneità dell'immissione provvisoria dei diversi aventi-dritto e dell'amministrazione legale del coniuge.

Quando ha luogo il concorso dell'immissione provvisoria in possesso e dell'amministrazione legale è uopo esaminarsi, se il coniuge che elegge di continuare nella comunione, prendendo tutta l'amministrazione legale de' beni soggetti alla comunione, potesse dall'altra banda far valere su gli altri beni, in virtù della immissione provvisoria, una donazione a lui fatta in caso di sopravvivenza. Questo coniuge potrebbe dire, poichè per i beni non sottoposti a comunione, la mia scelta rimane priva di effetto, la dichiarazione di assenza dunque conserva i beni del mio coniuge che è supposto morto. Dunque tutti coloro che hanno su tali beni de' dritti dipendenti dalla condizione della sua morte, li potranno esercitare in virtù dell'art. 123 [129] (1); or io sono nel numero di costoro, poichè porzione di questi beni mi furono donati se fossi sopravvissuto.

Questo ragionamento non regge. Per regola, lasciando alla dichiarazione di assenza produrre i suoi effetti, l'assente è presunto morto; se la legge permette al coniuge in comunione di beni di riputarlo vivente e d'invocare le conseguenze di siffatta supposizione, ciò, d'altronde, non è un motivo per pretendere che quello sia morto. È dato al mentovato coniuge lo scegliere tra le presunzioni della morte e quelle della vita, se, provvisoriamente immesso, voglia i lucri di sopravvivenza, e quindi da lui dipende il non respingere la presunzione di morte dalla legge stabilita, e di determinarsi per lo scioglimento provvisorio; ma non può scindere gli effetti legali della dichiarazione di assenza, ripudiandoli da un lato per invocarli dall'altro.

XVI. L'ultimo comma dell'articolo in disamina ci dice che la moglie eleggendo di continuare provvisoriamente nella comunione, conserverà il diritto di rinunciarvi in seguito. Queste ultime parole, *il diritto di rinunciarvi*, han dato luogo ad un errore che qui dobbiamo notare. Taluni hanno creduto che si trattasse del diritto di rinunciare alla provvisoria continuazione; e siccome la legge non accorda questo diritto che alla moglie, così hanno concluso che non si appartiene al marito, il quale non potrebbe mai far cessare la continuazione provvisoria che ebbe luogo per sua scelta. Questo è un errore: il coniuge presente, qualunque egli sia, può sempre, come abbiamo detto, rinunciare alla continuazione provvisoria, poichè questo è un beneficio introdotto in suo favore. D'altronde un tale diritto perchè si accorderebbe piuttosto alla moglie che al marito?... La verità è che il nostro comma non si occupa affatto di

questo dritto, ma di quello concesso alla moglie dall'art. 1433 [1418], cioè di rinunciare alla comunione al momento dello scioglimento, allorchè le sembrasse dannosa.

Su di ciò era inutile che la legge si spiegasse. Infatti il diritto di rinunciare alla comunione è dato alla moglie in compenso dell'appartenersi al marito l'intera amministrazione della comunione, senza che ella se ne possa occupare: or quando la moglie ha eletto di continuare nella comunione provvisoria, ella ha avuta in questa ipotesi l'amministrazione, ha dunque contribuito a mantenere la comunione quale è. In conseguenza si avrebbe potuto credere che in tal caso ella non potrebbe sottrarsi mediante sua rinuncia a risultanti ai quali non è estranea, e che tolto le sarebbe allora il beneficio dell'art. 1433 [1418]. Ecco ciò che il legislatore ha prescritto, dicendo che la moglie anche dopo la sua scelta per la continuazione provvisoria, potrà nondimeno rimanere estranea ai risultati della comunione, rinunciandovi nel momento dello scioglimento reale o presunto.

XVII. — Ciò che abbiamo finora detto si riferisce al caso in cui vi sia comunione fra i coniugi, e quello presente abbia eletto di continuarvi. Ora bisogna vedere quel che avverrà: 1.° se il coniuge scelga per lo scioglimento della comunione (ed è la ipotesi della seconda parte del nostro articolo); o pure 2.° se non vi è comunione fra i coniugi, nel qual caso non vi è più elezione possibile, poichè non è più il caso previsto dal nostro articolo.

In questi due casi non potrebbe esservi difficoltà; la dichiarazione di assenza produce tutti i suoi effetti, ed in conseguenza è mestieri applicare la regola generale ed ordinaria, cioè: che debbonsi adottare provvisoriamente le misure che definitivamente si adotterebbero se l'assente fosse morto nel momento in cui sia scomparso. Così, la seconda frase del nostro articolo, che chiama il coniuge presente ad esercitare provvisoriamente i dritti che definitivamente eserciterebbe qualora il suo coniuge fosse morto, non è che una conseguenza di siffatta regola ed un'applicazione particolare della disposizione generale dell'art. 123 [129], che chiama all'esercizio di tali dritti tutti coloro (eccetto gli eredi chiamati dall'art. 120 [126]) (2), che abbiano dritti dipendenti dalla condizione della morte dello assente. Ritorniamo dunque ne' principj ordinari; inguischè quando anche non esistesse la seconda parte dell'art. 124 [130], il dritto sarebbe sempre lo

(1) Vedi la nota (1) pag. 189. (Nota del traduttore.)

(2) Vedi la nota (1) pag. 186. (Nota del traduttore.)

stesso, e tuttocì che saremo per dire, bisognerebbe dirlo pure in virtù dell'art. 123 [129].

Del rimanente, è incontrastabile che lo scioglimento della comunione il quale allora ha luogo non è che provvisorio, come lo stesso articolo in disamina lo dice; e se in prosieguo si dimostri lo scioglimento reale non avere avuto luogo che posteriormente, sarà d'uopo di novelli calcoli e dividere i beni in comunione, includendovi tutti quelli che lo appartenevano all'epoca dello scioglimento reale. Così, suppongasì che nel 1820 sia scomparso uno de' coniugi in comunione di beni; nel 1825 si sia pronunciata la dichiarazione di assenza ed il coniuge presente non avesse punto dimandato di rimanere in comunione; la dichiarazione di assenza ha dunque prodotto immediatamente i suoi effetti, e si è provvisoriamente divisa la comunione nello stato in cui era nel 1820, tempo della scomparsa dell'assente. In prosieguo si conosca che il coniuge assente sia morto nel 1826, e che perciò abbia avuto luogo lo scioglimento reale. In questo caso si dovrà partire dall'epoca del 1825 per determinare l'ammontare de' beni in comunione da dividersi definitivamente, in guisa che nella comunione, oltre la porzione che il coniuge presente ha presa al tempo dello scioglimento provvisorio, si comprenderanno pure tutti i frutti prodotti dai beni di costui dal 1820 al 1826, nonchè tutte le successioni mobiliari e le donazioni, come anche le testamentarie ed altre che il medesimo abbia potuto raccogliere durante questo tempo; non esclusa d'altronde la porzione che gli eredi presuntivi del coniuge assente avessero presa al tempo dello scioglimento provvisorio. Quanto ai frutti prodotti, sia da questa porzione, sia dagli altri beni dello assente, quelli scaduti fino al 1825, epoca della dichiarazione di assenza, e che non si sono avuti da questi eredi che come capitale, secondo l'art. 126 [132] comma 2, saranno anche compresi nella comunione; e quelli posteriormente prodotti rimarranno agli eredi in forza dell'art. 127 [133]. Finalmente riguardo alle successioni mobiliari, o donazioni testamentarie, anche mobiliari, alle quali sarebbe stato chiamato l'assente durante lo

stesso intervallo dal 1820 al 1826, e che, in virtù del principio dell'art. 136 [142], siano state esclusivamente devolute a coloro che avrebbero dovuto concorrere coll'assente, o venire in sua mancanza, esse saranno restituite da chi le abbia così raccolte, e saranno del pari comprese nella comunione.

Noi non favelliamo delle donazioni *tra vivi* fatte al coniuge assente, perciocchè queste debbono essere formalmente accettate (art. 932 [856]) e lo assente, perchè tale, si trova nella impossibilità di ciò fare.

XVIII. — Nel numero V di questo articolo esaminammo quali sono, in caso di scelta per continuare nella comunione, i dritti del coniuge presente, tanto sui beni della comunione o quelli dell'assente, che su i suoi propri.

Vediamo ora quali siano i dritti del coniuge presente che elegge lo scioglimento provvisorio della comunione.

In questo caso costui può prendere: 1. i suoi beni personali; 2. la sua porzione della comunione; 3. gli altri beni della comunione, come lucri di sopravvivenza nel caso che fosse stato stipulato, in conformità dell'art. 1515 (1), che ciascuno de' coniugi, o soltanto uno di essi potrà, se sopravviva, prendere per antiparte, cioè prima della divisione, una determinata porzione, un sesto, un ottavo ec. della comunione, od una porzione di questa equivalente alla somma di; 4. i beni propri del coniuge assente, del pari come lucri di sopravvivenza, cioè come donati al coniuge presente nel caso in cui sopravvivesse; 5. per la moglie soltanto e nel caso in cui rinunzierebbe alla comunione in virtù dell'art. 1453 [1418], le cose da essa conferitevi, e di cui abbia stipulata la ripresa in forza dell'art. 1514 (2).

1. Per i beni personali, se è la moglie che sia presente, essa potrà vendere o donare i suoi mobili senza alcuna preventiva formalità, ma non potrà alienare o ipotecare i suoi immobili senza l'autorizzazione del tribunale, in conformità degli art. 217 e 219 [206 e 208] (3). In effetti la supposizione di morte, che risulta dalla dichiarazione di assenza, non esiste che quanto ai beni ed agl'interessi pecuniari, e non ha alcuna influenza sulla potestà maritale.

Relativamente al marito, è chiaro che egli

marito, la donazione che la moglie farà ad alcuno de' figli comuni, o procreati da lei con altro antecedente matrimonio. »

Nell'art. 208 poi furono sopprese le parole — *del circondario del domicilio comune* — che si leggono nel rispondente art. 219 del codice francese, avendo il nostro legislatore indicato semplicemente il *tribunale civile*. Vedi le nostre annotazioni sotto i rispettivi articoli, ove meglio noteremo le differenze. (Nota del traduttore.)

(1) L'art. 4545 del Codice Civile francese fu soppresso nella compilazione delle nostre leggi civili, per le ragioni che diremo a suo luogo. (Nota del traduttore.)

(2) Vedi la nota precedente. (Nota del traduttore.)

(3) All'art. 406 delle nostre leggi civili fu aggiunto il seguente comma, che non si legge nel rispondente art. 217 del codice francese: « Nondimeno sarà valida, anche senza autorizzazione del

potrà, come sempre può, disporre di tutti i suoi beni, mobili o immobili che sieno.

2, 3, e5. La moglie non può alienare bene alcuno preso da lei nella comunione, sia come formante la sua porzione, sia come luero di sopravvivenza, sia, in caso di rinuncia, come formante la quota da lei conferita, di cui abbia stipulata la ripresa. In effetti, lo scioglimento della comunione non essendo che provvisorio, la moglie non è proprietaria di questi diversi beni, ma è una semplice immessa in possesso; il suo dritto che risulta dalla dichiarazione di assenza è simile a quello di coloro che indica il nostro titolo per tutti gli altri diversi immessi; di guisa che non può alienare né gli immobili a causa dell'art. 128 [131], né i mobili per lo secondo comma dell'art. 126 [132].

Ma negli stessi casi le disposizioni non sono punto le stesse pel marito, quanto ai beni della comunione da lui presi, sia come lucri di sopravvivenza, sia come formanti la porzione di questa comunione.

Circa tali beni, il marito non è un semplice immesso in possesso; essi rispetto a lui non sono *beni dell'assente*. La comunione era devoluta a lui; accettandola che fosse provvisoriamente disciolta e divisa, rinunziava provvisoriamente a' suoi diritti sulla porzione attribuita agli eredi della moglie, e quella a lui rimasta è sempre ed in tutti i casi sua, e ciò sia che la comunione, disciolta in apparenza, duri effettivamente tuttavia, poiché egli ne può disporre, sia che si trovi veramente disciolta, ed allora egli è perfetto ed assoluto proprietario della sua porzione.

Del rimanente, se su tale porzione il marito ha altrettanti diritti per quanti precedentemente ne aveva su tutta la comunione, è chiaro che non può averne di più, poiché l'immissione provvisoria, come si è visto, non produce alcun dritto di alienazione, e per conseguente non può dargli diritti novelli e più estesi di quelli che risultano dal contratto matrimoniale. Il marito non potrà dunque ai termini dell'articolo 1422 (1) alienare un immobile o una quota di mobili che a titolo oneroso, come l'abbiamo detto nel num. V.

4. Finalmente, quanto a' beni propri del coniuge assente che sarebbero presi come lucri di sopravvivenza dal coniuge presente, è manifesto che se costui sia la moglie, ella non potrà alienare né gli immobili, né i mobili, perchè sono *beni dell'assente*, a lei pervenuti in virtù dell'immissione provvisoria, la quale non concede il dritto di alienare. Ed in questa ipotesi il marito non avrà

diritti maggiori della moglie. Di fatti, quando si è trattato di beni presi nella comunione, noi abbiamo in lui riconosciuto il diritto di alienarli, perchè gli art. 126 e 128 [132, 134] proibiscono di alienare i *beni dell'assente*, e quando la moglie è assente, i beni della comunione non sono beni dell'assente; ma qui si tratta de' beni dell'assente, de' beni propri della moglie. Il marito dunque, per l'art. 126 [132], non potrà alienare nemmeno i mobili che provvisoriamente avrà presi come lucri di sopravvivenza.

Ora, per questo caso di scioglimento provvisorio, noi dobbiamo qui fare una osservazione simile a quella fatta nel n. VI pel caso di continuazione della comunione, cioè, che se consecutivamente si provi che i beni della comunione che il marito aveva capacità di alienare, e che infatti abbia alienati ma in un'epoca in cui appartenevano alla moglie e non a lui, costei o i suoi eredi non potranno impugnare l'alienazione, la quale rimarrà valida riguardo ai terzi acquirenti, ma solo potranno agire contro il marito od i suoi rappresentanti per esserne indennizzati.

Una donna maritata essendo scomparsa nel 1810, ne fu dichiarata l'assenza nel 1815, ed il marito chiese lo scioglimento provvisorio della comunione che ammontava a 30,000 franchi; sulla qual somma (ai termini del nostro articolo ed in virtù della dichiarazione di assenza, che faceva presumere la moglie morta dopo il 1810) il marito prese dapprima 10,000 franchi (poichè era stato stipulato che il sopravvivevole avrebbe per anteparte il terzo della comunione) e quindi divise gli altri 20,000 franchi con gli eredi presuntivi della moglie. Fin dal 1816 morì il marito, e dopo la sua morte i suoi eredi vendettero gli immobili che gli erano spettati. Alcuni anni dopo si ebbe certezza che la moglie viveva tuttora, e che non era morta che dopo il 1816, e che in conseguenza ella era sopravvissuta al marito. Or, in questo caso, l'anteparte presa dal marito appartiene o alla moglie, o ai suoi eredi, i quali dovranno una con la detta moglie rispettare l'alienazione fatta dagli eredi del marito (purchè sia stato a titolo oneroso), ma i primi agiranno contro quest'ultimi per farsi restituire i 10,000 franchi di anteparte, ed in caso d'insolubilità, contra il fideiussore che il medesimo ha dovuto dare, come si dirà al § 3. del n. XIX.

XIX.—Se il coniuge, dice la seconda parte del nostro articolo, chiede lo scioglimento provvisorio della comunione, conseguirà i suoi beni personali e rientrerà nell'esercizio de' suoi dritti legali e convenzionali, col l'obbligo di dar cauzione per le cose soggette a restituzione.

(1) L'art. 1422 del codice civile fu soppresso nelle nostre leggi civili. (Nota del traduttore.)

Nel n. VI. abbiamo osservato che il coniuge non è tenuto a dar cauzione, quando elegge di continuare nella comunione; ma vi è tenuto, come lo sono tutti i diversi immessi in possesso, quando si determina per lo scioglimento. Di fatti, allora il suo diritto è simile a quello degli immessi, o piuttosto egli stesso è uno degli immessi.

Pur tuttavia, la legge sembra mettere una differenza fra il coniuge in comunione che ne dimanda lo scioglimento e gli altri immessi in possesso, quanto alla cauzione che debbono dare. Ed in vero negli art. 120 e 123 [126 e 129] (1) relativi, il primo agli eredi e l'altro ai diversi interessati, la legge dice che dovranno dare cauzione, senza alcuna restrizione; mentre nel nostro articolo è detto che il coniuge dovrà dare cauzione *per le cose soggette a restituzione*; la qual differenza sembrerebbe voler significare, che fra le cose le quali il coniuge potrà prendere ve ne sieno di quelle che non saranno soggette a restituzione, e per le quali per conseguente non sarà dovuta la cauzione.

Questo però sarebbe un errore: la cauzione è dovuta per tutto, perchè la restituzione sarà possibile per tutte le cose prese, sia dal marito, che dalla moglie. È facile il dimostrarlo.

Come già si è detto nel numero precedente, le cose che può prendere il coniuge presente, il quale domanda lo scioglimento provvisorio, sono:

1. I beni suoi propri;
2. La sua porzione di beni della comunione;
3. Altri beni della comunione a lui dovuti come lucri di sopravvivenza;
4. I beni propri dell'assente, del pari come lucri di sopravvivenza;
5. Finalmente, per la moglie soltanto, ed in caso che rinunzi alla comunione, le cose da essa conferitevi, o che abbia stipulato di riprenderle.

Ora, ciascuna di queste cinque categorie di beni è suscettiva di essere restituita, e perciò non può essere presa che coll'obbligo di dare cauzione.

1.° Per i beni propri del coniuge presente, la cauzione sarà dal medesimo dovuta, o che sia il marito o la moglie, non pure per i beni, che per la loro rendita.

Di fatti, se è la moglie che sia presente, ella non può, secondo il proprio capriccio, alienare i suoi beni propri e privare in tal guisa della loro rendita la comunione nella quale ha scelto continuare.

Quanto al marito, a prima vista sembra-

rebbe che non dovesse la cauzione nello stesso caso, avendo il dritto di disporre di tutti i beni della comunione; e pure non è così. Si ha timore che il marito non dissipi, *dopo lo scioglimento reale sopraggiunto*, e quindi in un momento in cui non ne aveva più il dritto, talune cose, la cui restituzione in conseguenza può essergli domandata non dalla moglie (poichè lo scioglimento *reale* ha potuto aver luogo per effetto della sua morte), ma dagli eredi di costei.

Per esempio: lo scioglimento provvisorio risale al 1820; la rendita annuale de' beni personali del marito è di 5,000 franchi, lo scioglimento reale non ha luogo che nel 1825 per la morte della moglie: ecco dunque 25,000 franchi di rendita che appartengono alla comunione. Nel 1826 e 1827 tal somma è dissipata dal marito, cui non appartiene che la metà, ed essendosi disciolta la comunione, soltanto la metà a lui spettante poteva sprecare. Nel 1828 viensi a conoscere lo scioglimento reale aver avuto luogo nel 1823; e bene, gli eredi della moglie avranno allora il dritto di domandare al marito la restituzione di 12,500 franchi. La restituzione dunque è possibile, e quindi è dovuta la cauzione.

2.° Per la porzione di beni della comunione presa dal coniuge sarà ancora dovuta cauzione, sia dal marito, che dalla moglie.

Di fatti, se è la moglie che è presente, ella dovrà restituirla al marito in caso di suo ritorno.

Se poi è il marito, la restituzione eziandio è possibile, non pel caso in cui la moglie ritornasse, imperciocchè allora essendo continuata la comunione, il marito avrebbe avuto ogni diritto di dissiparla, ma pel caso in cui trapassasse la moglie assente, ed ove nell'intervallo fra lo scioglimento provvisorio e l'effettivo la porzione provvisoriamente presa dagli eredi presuntivi della moglie sarebbe per caso fortuito diminuita. La mercè di un esempio ciò sarà meglio inteso.

Supponiamo che i beni della comunione ascendessero a 100,000 franchi nell'epoca della scomparsa della moglie, epoca a cui è bisognato risalire per fermare il *quantum* della massa comune da dividersi provvisoriamente. Gli eredi presuntivi della moglie da un lato, e dall'altro il marito hanno preso 50,000 franchi. Indi è dimostrato che la moglie sia trapassata molti anni dopo la sua scomparsa, e nell'intervallo dalla sua scomparsa e la sua morte, un'immobile di 20,000 franchi, facente parte della quota degli eredi, sia perito per caso fortuito. Siccome la comunione, in apparenza disciolta fin dalla scomparsa della moglie, è in realtà durata fino alla sua morte, così dunque l'immo-

(1) Vedi la nota (1) alla pag. 186 e l'altra alla pag. 189. (Nota del traduttore).

bile apparteneva a questa comunione quando periva, e per conseguente la sua perdita dev essere sofferta per metà dal marito, e per l'altra soltanto dagli eredi della moglie. Il marito quindi deve restituire a costoro, sulla base da lui presa, 10,000 franchi, metà del valore dell'immobile perito.

Potendosi dar luogo a restituzione da parte del marito, costui dunque è tenuto similmente a dar cauzione.

3.° Per i beni della comunione presi come lucri di sopravvivenza, la moglie dovrà dare cauzione, poichè sarà tenuta, se ritorna il marito, alla loro restituzione, come colui che può disporre della comunione. Il marito anche vi è tenuto, perchè potrebbe avvenire che i beni da lui presi a tal titolo dovessero esser restituiti alla moglie, non da lui, ma dai suoi eredi, qualora si provasse che la moglie viveva ancora all'epoca in cui il marito sia morto, e che perciò costui non abbia in realtà avuto diritto a siffatti lucri di sopravvivenza.

4.° Rispetto a questi lucri consistenti in beni personali del coniuge assente, è evidente l'obbligo di non prenderli che con cauzione, tanto dal marito che dalla moglie. Di fatti, essi non appartengono al coniuge presente, chiunque egli sia, che sotto la condizione della premorienza dell'altro: ora si può sempre aver la prova che quest'assente non sia morto.

5.° La moglie, da ultimo, che, dopo la sua rinunzia alla comunione, reclamerebbe la restituzione di ciò che vi abbia portato, dovrebbe egualmente dar cauzione, poichè se ritorna suo marito, è tenuta a restituirgli ciò che in tal guisa si prendeva.

Si vede quindi, che sì il marito come la moglie dovranno dar cauzione per *tuttociò* che prendono, potendosi sempre dar luogo a restituzione. La sola differenza fra essi e gli altri immessi in possesso, differenza che dà un significato alle parole restrittive dell'articolo: *per le cose soggette a restituzione*, si è che mentre gl'immessi possono trovarsi sempre nel caso di dover restituire la totalità di ciò che prendono, pel coniuge vi è un caso (quando trattasi de' suoi beni propri) in cui la restituzione non è possibile che solo quanto ai proventi.

XX. — Sotto ogni altro regime che i coniugi avessero potuto adottare senza stipulare la comunione, cessa l'applicazione del no-

stro articolo, ed il coniuge presente come coniuge nulla potrà pretendere.

Epperò, il marito che ha contratto matrimonio sotto la regola dotale più non avrà, dopo la dichiarazione di assenza, nè l'amministrazione, nè il godimento de' beni dotali, e quegli poi che si è maritato sotto la regola esclusiva della comunione, perderà l'amministrazione ed il godimento che aveva di tutti i beni della moglie. In ambo le ipotesi si applicheranno i principi ordinari, come nel caso in cui il coniuge presente, maritato in comunione, non elegge di continuarsi.

Tutti i beni dell'assente spetteranno dunque ai suoi eredi o ad altri aventi-causa; però il coniuge presente potrebbe anch'egli essere uno di questi aventi-causa ed avere una donazione ed un legato da prendere.

Potrebbe anche avvenire essere egli il chiamato a succedere in tutti i beni del suo coniuge. Secondo l'art. 767 [683] (1) avrebbe ciò luogo se costui non lasciasse parenti in grado successibile, nè figli naturali. Il coniuge presente eserciterebbe allora i suoi dritti, mediante cauzione, come farebbe qualunque altro interessato.

Ma in questo caso egli non si presenterebbe più in virtù del nostro articolo, ma bensì in virtù dell'art. 123 [129] (2) come legatario, donatario ec. ed in virtù degli art. 120 e 767 [126 e 683] (3) tra loro coordinati, qual successore di tutti i beni dell'assente.

XXI. — Stimiamo non dover terminare la spiegazione di quest'articolo senza offrire una importante osservazione, che peraltro avremmo potuto fare anche negli articoli precedenti, ma che qui riesce più in acconcio.

Più volte nella spiegazione di quest'articolo abbiamo detto che la dichiarazione di assenza fa nascere la supposizione, la *presunzione* della morte dell'assente. Pur nondimeno, sovente si potrà leggere negli autori, o sentir insegnar ne' corsi, che in qualunque tempo dell'assenza la legge non istabilisce *nessuna presunzione*, nè di vita, nè di morte, e che il dubbio assoluto, la perfetta incertezza è l'unica idea alla quale essa sempre si attiene. Siffatta contraddizione, si flagrante in apparenza, nel fondo nulla avente di serio, è una semplice disputa di parole, cui da occasione il significato tecnico e tutto speciale che la parola *presunzione* presenta nel linguaggio giuridico.

(1) L'art. 767 del codice civile francese richiede che il coniuge sopravviva onde possa succedere all'altro non sia *separato da esso per divorzio*. Nel nostro articolo 685 rispondente all'art. 767 francese, furono soppresse queste parole, per non

esservi divorzio presso noi. (*Nota del tradut.*)

(2) Vedi la nota (1) pag. 189. (*Nota del tradut.*)

(3) Vedi per l'art. 120 la nota (4) pag. 186, e per l'art. 767 la nota (4) di questa pagina. (*Nota del traduttore*).

Per *presunzione* intendesi un' *idea avuta prima* di qualunque prova e senza alcuna certezza (*prae-sumere*); una semplice congettura, dedotta come conseguenza d'un fatto noto ad un fatto ignoto. E però generalmente e nel linguaggio ordinario, la presunzione è una probabile opinione unicamente fondata sopra verisimiglianza, cui senza dubbio non si accorda la stessa forza e gli stessi effetti della certezza acquistata. Ma viceversa, nomasi presunzione di dritto, *presunzione legale*, una congettura, cui la legge attribuisce lo stesso effetto della verità provata.

Le presunzioni legali sono di due classi: le une non hanno forza che fino alla prova contraria; le altre hanno tale una potenza, che non si potrebbe essere ammesso a provare la falsità del fatto presunto vero dalla legge (art. 1349, 1350 e 1352 [1303, 1304 e 1306]). I nostri antichi autori, per caratterizzare queste due classi di presunzioni, avevano immaginato una distinzione barbara ed insignificante, ma che è utile conoscere: chiamavano presunzioni *juris* quelle che ammettono la prova contraria, e qualificavano le altre come presunzioni *juris et de jure*.

Giacchè la *presunzione legale* è quella che dà al fatto presunto assolutamente la stessa forza di una verità provata, è chiaro che la dichiarazione di assenza non produce una presunzione legale della morte dell'assente. Imperciocchè, se questa presunzione legale esistesse, potrebbesi fare, assolutamente e senza restrizione e condizione alcuna, ciò che permetterebbe la morte certa e provata: ditalchè tutti coloro che avessero dritti dipendenti da questa condizione, li eserciterebbero senza cauzione; prenderebbero i beni non quali immessi in possesso, ma come proprietari e potrebbero alienarli: inoltre il matrimonio dell'assente sarebbe sciolto, ed il suo coniuge libero di contrarne un altro, ecc.

Così di leggieri cadesi intendere, nel senso tecnico della parola, non potersi dare presunzione legale. Ma non si dica perciò, come sovente si suole, che la legge resti sempre nel dubbio assoluto, senza far mai dominare nè il pensiero dell'a vita, nè quello della morte.

Sempre il dubbio assoluto! ma una medesima causa deve sempre produrre lo stesso effetto. Se è così, perchè mai la legge adotta successivamente de' provvedimenti più gravi a misura che si prolunga l'assenza? Perchè dopo la semplice presunzione di assenza, ti stabilisce l'assenza dichiarata?... Perchè, dichiarata l'assenza essa ti chiama gli eredi, i legatari, i semplici proprietari o gli altri interessati a dividersi i beni dell'assente, invece di affidarli ad un solo amministratore,

il quale dopo un determinato tempo ne rendesse conto a chi di dritto?...

È evidente, che successivamente dominano le due idee di vita e di morte. È la prima che la vince durante la presunzione di assenza; ma l'altra, a sua volta, predomina, ottenuta che siasi la dichiarazione di assenza. È certamente da questa idea della morte, che, a contare da quell'istante, dominando quella della vita, deriva l'apertura provvisoria della successione e la esecuzione anche provvisoria del testamento. Per vero è a motivo di questa presunzione di morte, che comincia dalla dichiarazione di assenza ed in seguito si rafforza a misura che gli anni si accumulano, che i diversi immessi, secondo gli art. 127 e 132 [133 e 138], prendono nelle rendite una frazione sempre crescente in modo che giungono alla fine a conseguire la totalità ed a poter disporre anche degli stessi beni.

Per ispandere dubbi su queste verità ci si dice: « Voi v'ingannate su i motivi che han fatto compilare, tal quale è, l'immissione in possesso, e voi malamente ne intendete la sua natura ed il vero suo carattere. Se il legislatore, dopo la dichiarazione di assenza, invece di affidare ad un solo amministratore la cura de' beni dell'assente, ne attribuisce partitamente il possesso a tutti coloro che ne sarebbero proprietari in caso di morte, ciò non è mica per consacrare a vantaggio di costoro i dritti, dipendenti dalla condizione della morte o di una pretesa presunzione di questa, che renderebbe più probabile l'eventualità di tali dritti. No, tale misura è presa nell'interesse dell'istesso assente e per la ragione che i suoi beni meglio che da un estraneo saranno amministrati da coloro che hanno la speranza di possederli. Dunque l'immissione in possesso non è punto un'apertura provvisoria di successione; essa non si fonda certo su di una maggiore probabilità del dritto degl'immessi, e non suppone mica una presunzione di morte. »

Tali idee sono al certo inesatte e si rannodano ad un sistema, che taluni de' redattori volevano far prevalere nel seno del Consiglio di Stato, il che però non fu ammesso.

Se l'immissione in possesso fosse stata istituita nell'unico, anzi principale interesse dell'assente e come il miglior mezzo di assicurare il buon mantenimento de' suoi beni, è chiaro in prima che sarebbe stata fissata ad un'epoca prossima, il più che possibile, della scomparsa: avrebbe dovuto aver luogo è vero non già immediatamente alla scomparsa, ma dal momento che sarebbe decorso un intervallo molto lungo per offrire de' serbi dubbi sulla esistenza, cioè dopo due o tre anni, o più tardi. Ciò in fatti proponeva di

fare il Console Cambacères nella seduta del 16 fruttidoro anno IX, pel caso in cui l'assente avrebbe lasciato immobili deperibili per mancanza di cura (Fenet, t. VIII, pag. 372). D'altra banda, secondo tal sistema, gl'immessi in possesso, non altrimenti sarebbero investiti del possesso che come i migliori amministratori possibili, e senza punto presumersi la morte dell'assente; il perchè la frazione di rendita loro si attribuirebbe *unicamente* come compenso della loro amministrazione, la quale non essendo stata più malagevole in un'epoca che in un'altra, avrebbe dovuto essere sempre la stessa. Ma non è così: da un lato non si è permessa l'immissione in possesso che dopo cinque, ovvero undici anni, lasciando al tribunale la cura di provvedere all'amministrazione durante questotempo: dall'altro, effettuata la immissione, la frazione delle rendite cui possono prelevare, stabilita a quattro quinti nei primi anni, si aumenta poscia a nove decimi (art. 127 [133]). Ciò pruova evidentemente che la legge pone a calcolo nello assegnar questa frazione una presunzione di morte dell'assente, la quale diventa più grave dopo un più lungo tempo; che la eventualità del dritto degl'immessi acquista, per la dichiarazione di assenza, una probabilità che va sempre crescendo, e che finalmente la legge considera l'immissione in possesso come l'attribuzione provvisoria di una successione presunta aperta.

Cotesta presunzione di morte fu eziandio proclamata nel Consiglio di Stato e nel Corpo legislativo.

Parlando del Codice prussiano, che dopo dieci anni permette di pronunziare la dichiarazione di morte, Tronchet dice esser ridicola una tale disposizione; *poter l'assenza essere una PRESUNZIONE DELLA MORTE, ma non ammettersi dalla legge certezza che sulle pruove* (Fenet, p. 373). Poco appresso ei dice, che poichè il possesso degli eredi presuntivi non si basa *sulla presunzione della morte* dell'assente, i loro diritti debbono cessare col ritorno del medesimo (p. 374). Al Corpo legislativo poi l'oratore del governo espresse formalmente l'idea che abbiamo cercato di stabilire più sopra, cioè che gli eredi presuntivi e gli altri interessati hanno naturalmente un titolo ad ottenere il possesso, sendo che la dichiarazione di assenza rende il loro diritto eventuale più probabile (Fenet, p. 453).

Finalmente ciò che stabilisce perentoriamente e chiaramente, che la legge considera l'immissione in possesso come l'attribuzione di una successione *provvisoriamente* aperta per la morte *presunta* dell'assente, è una disposizione posteriore al Codice, dice l'art. 40 della legge del 28 aprile 1816 che obbliga

Marcadé T. I.

gli eredi e gli altri immessi di pagar fra sei mesi, come far dovrebbero in caso di morte, i diritti di mutazione per tutti i beni e diritti che essi raccolgono; salvo a reclamare in seguito le somme pagate, qualora venga a cessare l'assenza.

125 [131]. — Il possesso provvisorio non sarà che un deposito il quale conferirà a quelli che l'otterranno, l'amministrazione de' beni dell'assente, rendendoli responsabili verso il medesimo nel caso in cui ricomparisca, o si abbiano notizie di lui.

I. — La legge non vuol dire esser sì fatto possesso un vero deposito.

Di fatti il deposito, secondo l'art. 1915 [1787] e seguenti, è un contratto *gratuito* che non può applicarsi che ai mobili; il *possesso provvisorio* all'incontro cade tanto su i mobili che su gl'immobili e dà luogo ad un salario che è fissato dall'art. 127 [133].

Il nostro articolo vuol dire soltanto, come s'intende dal suo insieme, che gl'immessi in possesso non divengono proprietari dei beni dell'assente.

126 [132]. — Coloro che avranno ottenuta l'immissione provvisoria in possesso, od il coniuge che avrà eletto di continuare nella comunione, dovranno far procedere all'inventario de' mobili e delle scritture dell'assente, in presenza del procuratore della Repubblica presso il tribunale di prima istanza, o di un giudice di pace delegato dallo stesso procuratore della Repubblica.

Il Tribunale ordinerà, se vi è luogo, la vendita di tutti, o di parte de' mobili. Nel caso di vendita se ne impiegherà il prezzo, come altresì i frutti scaduti.

Quelli che avranno ottenuta la provvisoria immissione in possesso, potranno, per loro cautela fare istanza, che si proceda da un perito nominato dal tribunale, alla visita degli stabili, ad oggetto di dichiararne lo stato. La relazione dal perito verrà omologata in presenza del procuratore della Repubblica, e le spese saranno prelevate dai beni dell'assente.

SOMMARIO.

I. Utilità dell'inventario prescritto dall'articolo. — Le espressioni *mobili e scritture dell'assente* comprendono o per se i mobili e le scritture della comunione, o anche il coniuge assente e il marito o la moglie.

II. Al tribunale soltanto spetta il decidere se i mobili dell'assente debbono o non essere venduti. La vendita medesima che se ne

- sono fatte senza ordinanza del tribunale non sono rinviabili: tassabile per virtù dell'art. 1279 [1280].
- III. Osservazione importante sulla parola: *non altri e frutti penduti*.
Rinvio al n.° IV dell'art. 124 [129].
- IV. Uscita della casa del padre conosciuta dall'ultimo comma. — Perché le spese sono a carico di lui? — *Quid ad questa ratio non ha luogo?*

I. — Dichiarata l'assente, qualunque partito fosse stato preso, sia che vi fosse stata immissione provvisoria in possesso perchè il coniuge presente non era in comunione di beni, sia perchè stando in comunione di beni, abbia domandato lo scioglimento provvisorio, od abbia scelto di continuare nella comunione, in tutti questi casi la prima operazione che la legge ordina è l'inventario dei mobili e delle scritture dell'assente. Di fatti i mobili e le scritture sono cose che potrebbero sottrarsi, e eh'è però prudente di farlo accertare l'esistenza, affinché l'assente o i suoi eredi possano domandare la restituzione, verificandosi il caso.

Il nostro articolo richiede l'inventario soltanto dei mobili e delle scritture dell'assente, non già de' mobili e delle scritture della comunione. Ma sotto il nome di mobili dell'assente saranno tal fiata pure compresi quelli della comunione.

La comunione in fatti, come abbiamo già notato, riputasi di appartenere al marito finchè essa dura.

Dunque quando è assente il marito, i mobili e le scritture che appartengono alla comunione, saranno i mobili e le scritture dell'assente; di guisa che la moglie eh'è presente, o che rimangono in sua mano tutti i beni della comunione per aver eletto di continuare in quella, o che non gliene rimangono che una porzione, come immessa in possesso per aver provocato lo scioglimento provvisorio della comunione, sempre le bisognerà far inventariare tutti i mobili e le scritture che ella prenderà.

Al contrario, se è presente il marito, o che domandi di continuare nella comunione, o che dimandi lo scioglimento di questa e la immissione provvisoria in possesso, mai non sarà tenuto ad inventariare ciò che prenderà della comunione medesima, essendochè punto non si tratti di mobili o di scritture dell'assente. È ben inteso del resto che in ambo i casi egli dovrà far redigere l'inventario de' mobili e delle scritture rimaste di proprietà della moglie e non soggetti a comunione.

Ond'è che i mobili e le scritture per i quali il nostro articolo prescrive l'inventario, sono precisamente (e con ragione) quelli per i quali può farsi luogo a restituzione, secondo che abbiamo spiegato nel n. XIX, § 3.° e 4.° dell'art. 124 [130], salvo questa duplice differenza: 1. che nell'art. 124 [130], la cauzio-

ne, per le cose soggette a restituzione, non è richiesta se non in caso di azione per lo scioglimento provvisorio, mentre qui, ai termini del nostro articolo, l'inventario dovrà essere fatto sì nel caso di scioglimento, e sì nel caso di continuazione: — 2. che nell'art. 124 [130], la cauzione è richiesta per tutti i beni, mentre qui l'inventario, richiedesi come doveva, soltanto per i beni mobiliari e per le scritture.

II. — Il secondo comma dell'articolo dice: *il tribunale ordinerà, se vi è luogo, la vendita di tutti o di parte de' mobili*.

In generale, come abbiamo altrove detto, il dritto di alienare il mobiliare va considerato come una conseguenza del dritto di amministrazione, ma qui era mestieri di fare eccezione a tale principio, negando all'amministratore dei beni dell'assente la facoltà di alienare a suo piacimento i di costui mobili, imperciocchè può spesso avvenire che la vendita sia proficua all'amministratore e nociva all'assente, o viceversa.

Così, a mo' d'esempio, se si trattasse di una collezione di medaglie preziose o di una galleria di quadri di rinomati autori, è chiaro che il possessore provvisorio non mancherebbe di far vendere cotali oggetti che produrrebbero un 100,000 franchi o più, ed appropriarsi così, a termini dell'art. 127 [133] i quattro quinti, i nove decimi od anche la totalità de' frutti di tal somma, mentre i quadri e le medaglie nulla gli frutterebbero. All'assente invece potrebbe piacer molto più allorchè ritorna, se ritorna, di ritrovare le sue medaglie o i suoi quadri, che non una somma di denaro.

In senso inverso supponiamo che si trattasse d'un mobile del valore di 10,000 franchi, il quale convenga al possessore provvisorio. Costui il vorrà conservar in natura, atteso che, se l'assente ritornasse dopo quindici o venti anni, egli sarebbe liberato in faccia al medesimo, restituendoglielo nello stato in cui si troverà consunto, ed in tal modo egli ne avrà goduto, come se avesse sborsato 10,000 franchi per acquistarlo; mentre l'assente avrebbe tutto perduto. Che se all'opposto lo avesse venduto, l'assente ritroverebbe al suo ritorno i suoi 10,000 franchi de' quali l'immeso in possesso non potrà ritenere che gli interessi in tutto o in parte.

La vendita dunque de' mobili dell'assente non doveva permettersi se non quando tornava utile ad esso assente; ed al tribunale spettava allora di decidere dissinteressatamente di questa utilità.

Ciò è quanto ha fatto il nostro comma, il quale chiamando il tribunale a giudicare se vi sia o non luogo di vendere il mobiliare, indica chiaramente che non accorda siffatta facoltà al possessore. Allorchè dunque il tri-

bunale avrà ordinata la vendita, il possessore provvisoriale dovrà farla eseguire, malgrado la sua contraria volontà; e viceversa, se la vendita non sia stata dal tribunale ordinata egli non potrà farla eseguire.

Del resto se diciamo che i mobili dell'assente non possono essere venduti senza l'autorizzazione del tribunale, ciò va inteso con discernimento e non applicasi agli oggetti di pochissimo valore; perchè il legislatore non ha inteso occuparsi di questi pei quali sarebbe il caso di dire: *de minimis non curat Proctor*.

Tuttavia, e non ostante la incapacità degli immessi in possesso e dell'amministratore legale ad alienare i mobili dell'assente, l'alienazione che costoro ne avessero fatta, non potrebbe quasi mai oppugnarsi al compratore. Di fatti, esiste nel nostro Codice una disposizione importantissima che noi abbiamo già indicata, e della quale spesso avremo occasione di osservarne gli effetti, la quale quasi sempre impedirà d'impugnare siffatta alienazione. Intendiamo parlare dell'art. 2279 [2185], il quale dichiara che per i mobili il semplice possesso in buona fede e con giusta causa di reputarsene proprietario induce la prescrizione. Quegli dunque che riceve un mobile dell'assente dall'impresso provvisoriale, sia a titolo oneroso, sia anche a titolo gratuito, ne diviene immediatamente proprietario per prescrizione, purchè ignori che l'oggetto non appartenga a chi glielo ha rilasciato.

III. — Non bisogna lasciar passare inosservata la disposizione del secondo comma del nostro articolo, il quale prescrive che nel momento dell'immissione in possesso o della continuazione della comunione s'impieghino i frutti precedentemente prodotti dai beni dell'assente.

Imperciocchè codesti frutti non sono quelli de' quali gl'immessi in possesso o l'amministratore legale possono prenderne la totalità o una porzione, in virtù dell'art. 127 [133]. Cotal dritto accordato dal detto articolo non comincia se non dal momento dell'immissione provvisoriale, ed abbraccia i soli frutti prodotti dopo che ha avuto luogo siffatta immissione in possesso. Tutti quelli anteriormente scaduti, come già abbiamo avuto occasione di dirlo sotto l'art. 123 [129], n. IV, e come qui si scorge, formano un capitale, sopra i soli interessi del quale hanno dritto l'impresso in possesso o l'amministratore legale.

N. B. — Si sa che impiegare una somma, vale collocarla, sia a prestito con ipoteche, sia acquistandone rendite o immobili. Il tribunale è quello che dovrà determinare il modo d'impiego.

IV. — Quanto agl'immobili dell'assente, gl'immessi in possesso (ed è chiaro doversi dire lo stesso del coniuge che abbia eletto di continuare nella comunione) hanno la facoltà, non l'obbligo, di farne verificare lo stato. In mancanza di perizia saranno reputati di averli ricevuti in buono stato, salvo la prova contraria, le spese della quale sono a loro carico. La relazione del perito, come risulta dal testo stesso dell'articolo, dovrà essere omologata, cioè approvata, ammessa da una sentenza del tribunale.

Del rimanente questa perizia, essendo fatta nell'interesse dell'assente e consigliata dalla legge per impedire agl'immessi in possesso di deteriorare i di lui beni, è equo che le spese siano a suo carico, il che è pure prescritto dal nostro articolo. Altrettanto, evidentemente, bisogna dire, chechè ne pensi Merlin in contrario, delle spese dell'inventario e degli altri provvedimenti cui dà luogo l'immissione in possesso, sendochè tutte codeste cose si attengono alla esecuzione del mandato ed all'amministrazione de' negozi, di cui sono incaricati gl'immessi. Un gestore può bene trarre profitto dalla sua gestione, ma non deve mai nulla pagare per esercitarla (1).

127 [133]. — Quelli che in forza della immissione provvisoriale, o della legale amministrazione, avranno goduti i beni dell'assente, non saranno obbligati a restituire che il quinto de' frutti, se egli ricomparisce prima de' quindici anni compiuti dal giorno della sua assenza, ed il decimo, se ricomparisce dopo quindici anni.

Trascorsi trent'anni d'assenza apparterrà loro la totalità de' proventi.

SOMMARIO.

- I. Qualità e oggetto di questa disposizione in quanto agl'immessi provvisori.
- II. Altro vizio di redazione: non è il solo in cui la totalità de' frutti appartenga ai possessori.
- III. I quindici anni si calcolano a cominciare dalla pronunzia di sentenza; i trent'anni a cominciare soltanto dall'accusa dichiarata.
- IV. Secondo i casi è un 1/5, o un 2/10, o la totalità de' tutt'i frutti che la legge stabilisce; e non già un 1/5 de' frutti di un periodo, o un 2/10 de' quelli di un altro.
- V. La richiesta non si fa che su i frutti già raccolti, gli altri appartengono integri all'assente od ai suoi rappresentanti.
- VI. Tutto vizio di redazione, che costringe all'aggiungere l'amministratore legale agl'immessi in possesso, mentre che fra loro avvi una enorme differenza.
- VII. Per determinare la porzione di frutti cui hanno dritto, sia gl'immessi in possesso, sia l'amministratore legale, la legge pone a calcolo la durata del tempo dalla partenza dell'assente. Come si determineranno i frutti su quali debba esser presa la porzione stabilita?
- VIII. Vizio nel merito che offre il nostro articolo in quanto al coniuge amministratore. La porzione che costui prenderà deve su i frutti

(1) Conf. Delvincourt, Duranton (t. 468), Zachariae (l. p. 306), Demolombe (II-99).

avrebbe dovuto essere dimostrato e misura che si prolunga l'assente.

12. La porzione de' beni alla quale hanno diritto gl'immediati in possesso ed il coniuge amministratore, e, se scelto sulla rendita netta, cioè fatta deduzione de' pesi personali. — Per i pesi a dedurre, bisogna notare la ripartizione di mantenimento, ma non la gravi ripartizione.

I. — Nel caso in cui vi sia luogo a restituire all'assente i suoi beni, era giusto che gl'immediati in possesso (noi non parliamo che di questi e non dell'amministratore legale, che a torto il legislatore assimilò loro) conservassero una porzione più o meno grande delle rendite fruite come indennità della loro amministrazione.

D'altra banda, siccome l'incertezza sulla esistenza dell'assente doveva naturalmente indurre i possessori provvisori a governare con minor diligenza le rendite di quel che avrebbero fatto se avessero avuto la certezza di restituire bentosto i beni al loro vero proprietario, la legge che ha voluto che l'immissione in possesso non tornasse in danno di coloro cui l'accordava, ha concesso ai primi su quelle rendite una porzione assai considerevole, e che va sempre aumentando a misura che l'assenza si prolunga e si avvalora la presunzione della morte dell'assente. Il qual provvedimento è però nell'interesse dello stesso assente, poichè spinge i possessori provvisori a migliorare i suoi beni per ottenerne una rendita più considerevole.

Del resto, affinchè il nostro articolo abbia applicazione, non è necessario che l'assente ricomparisse, come sembra richieder l'articolo, ma si applicherà certamente tutte le volte che gl'immediati in possesso dovranno restituire i beni che loro erano stati affidati. Ora avrà luogo la restituzione non solo quando l'assente ritorni, ma anche quando in ogni altra maniera si troverà provata la sua esistenza, ed anche quando sarà assicurato che sia morto in un'epoca in cui i possessori provvisori non erano più suoi eredi.

Sotto questo rapporto si vede dunque un primo vizio di redazione nel nostro articolo, che non doveva parlare soltanto del caso in cui l'assente ricomparisse, ma in un modo più generale del caso in cui vi sarebbe luogo alla restituzione de' beni affidati agl'immediati provvisori.

Ben si comprende che sotto il nome d'immediati provvisori noi qui non parliamo soltanto degli eredi presuntivi dell'assente, ma benanche de' legatari, de' donatari ec.: ed altresì del coniuge in comunione, il quale, ottendo per lo scioglimento provvisorio della comunione, avesse preso sulla medesima la sua quota e i suoi lucri di sopravvivenza. Se poi costui o i suoi eredi dovranno restituirti, il che abbiamo visto esser possibile (art. 121 [130], n. XIX, 2.° 3.° e 4.°), allora ne conser-

veranno le rendite nelle proporzioni fissate dal nostro articolo, poichè tutti ne godevano in virtù dell'immissione provvisoria in possesso.

II. — Un secondo vizio di redazione, dello stesso genere del primo, poichè consiste nel non dire la legge tutto quello che bisognava che essa dicesse, trovasi nel secondo comma del nostro articolo.

Ai termini di questo comma, dopo trent'anni di assenza, i frutti de' beni dell'assente appartengono in totalità agl'immediati in possesso.

Ed in vero, se sono scorsi trent'anni dalla dichiarazione di assenza, l'immissione provvisoria cangiasi in definitiva, per la quale gl'immediati acquistano il diritto di alienare i beni dell'assente; di guisachè, se in seguito debbano fare la restituzione, non la faranno che de' beni de' quali tuttavia trovansi in possesso, giusta l'art. 132 [138]; se dunque, cominciando da quell'epoca gl'immediati hanno il diritto di alienare, è chiaro, a fortiori, che debbano aver quello di appropriarsi tutti i prodotti de' beni.

Se non che, non solo dopo il decorrimiento di trent'anni dalla dichiarazione di assenza ha luogo l'immissione definitiva, ma ancora quando sono decorsi cento anni dalla nascita dell'assente, ai termini dell'art. 129 [135], il che potrebbe avvenire prima che sieno decorsi trent'anni dalla sentenza di dichiarazione. Per esempio, una persona che nella età di 65 anni intraprenda un viaggio, lasciando un procuratore incaricato della cura de' suoi affari, la dichiarazione di assenza non potendo pronunziarsi che undici anni dopo, egli avrà dunque 76 anni quando la dichiarazione si pronunzia e perciò sarà dopo 21 anni realizzata una delle due ipotesi in cui per l'art. 129 [135] si permette la immissione definitiva in possesso. Il caso dunque di trent'anni decorsi dopo l'assenza, non è il solo in cui la totalità delle rendite appartenga agl'immediati in possesso.

Per non incorrere in questo duplice difetto, il nostro articolo doveva dire che gl'immediati in possesso godrebbero i quattro quinti delle rendite, allorchè la restituzione dei beni si farebbe prima di quindici anni dal dì della scomparsa o delle ultime notizie; i nove decimi, quando non si farebbe che dopo i quindici anni, ed infine la totalità, quando avrebbe luogo la restituzione, sia dopo trent'anni dalla dichiarazione di assenza, sia dopo cento anni dalla nascita dell'assente.

III. — E chiara la differenza che intercede fra il primo e l'secondo comma del nostro articolo. Nel primo è a cominciare dalla scomparsa, o per meglio dire dalle ultime notizie che si contano i quindici anni; nel secondo i

trent'anni non decorrono che a contare dalla dichiarazione di assenza, come si scorge ravvicinando il nostro articolo all'art. 129 [135]. Il perchè, il nostro articolo nel primo comma dice: *quindici anni dopo la scomparsa*, in conseguenza dopo la semplice presunzione di assenza; mentrè nel secondo dice: *dopo trent'anni di assenza*, cioè di assenza dichiarata.

Siffatta opinione, che è altresì quella di Delvincourt e di Duranton (I, 418), è combattuta da Demante (*Enciclop.* n.° 92), Zachariae (I, p. 307), Valette (I, p. 288) e da Demolombe (III, 25); ma oltrechè ci sembra abbastanza giustificata, sia dal testo del nostro articolo, sia dal suo ravvicinamento all'art. 129 [135], noi troviamo ne' lavori preparatori del Codice un nuovo argomento che la sorregge. Di fatti, da una parte la parola di *assenza* non esisteva da prima nell'articolo il quale diceva solamente *dopo trent'anni*, parole che facevano seguito alle altre *prima o dopo quindici anni dalla scomparsa*, e significavan perciò *trent'anni compiuti dopo la scomparsa*. Poichè dunque si credette di doversi aggiungere di *assenza*, s'intese di attribuire un significato diverso a questo comma, mercè il contrasto della parola *assenza* con l'altra *scomparsa*. E per vero, noi leggiamo d'altra parte nel rapporto al Tribunale che si dee restituire all'assente o un $\frac{1}{5}$ o un $\frac{1}{10}$, perchè il possessore provvisorio, non essendo che un amministratore ed un depositario, *la totalità delle rendite non potrebbe appartenervi per alcuno di tali titoli*. Si è dunque voluto che la totalità de' frutti non fosse accordata se non nel tempo in cui l'immissione cesserebbe di essere *provvisoriale*, cioè trent'anni compiuti dopo la dichiarazione d'assenza, secondo l'art. 129 [135] (Fenet, t. 8, p. 434 e 471).

IV. — In qualunque tempo ricomparisca l'assente, o meglio, in qualunque epoca si faccia la restituzione de' beni, gl'immessi non saranno tenuti che a restituire il quinto o il decimo, o anche nulla di tutti i frutti da essi percepiti durante la immissione provvisoriale in possesso.

Così, se elassi diciannove anni dalla scomparsa, l'assente (o colui che era suo erede al momento della sua provata morte) venisse a dimandare i beni, non potrebbe dire: io ho dritto ad un decimo per i frutti degli ultimi quattro anni; ma mi si deve pure restituire il quinto su quelli scaduti prima de' quindici anni. La legge non è da intendersi in questo senso; si dee restituire il quinto, o il decimo soltanto di tutti i frutti secondochè la restituzione si fa prima o dopo i quindici anni compiuti dalla scomparsa; e se si avvera dopo trent'anni di assenza, o cento anni dopo la

nascita; allora appartiene agl'immessi la totalità di tutti i frutti.

Egli è positivamente questo il senso delle parole del nostro articolo: « Se l'assente ricomparisce alla tal'epoca, i possessori provvisori non gli restituiranno che un quinto de' frutti; e se ritorni in quest'altra epoca non gli restituiranno che un decimo. Finalmente se dopo il tal periodo di tempo apparterrà loro la totalità dei frutti. »

V. — Gl'immessi in possesso o l'amministratore legale, dice il nostro articolo, non saranno obbligati a restituire che la tale porzione de' proventi.

La espressione *restituire* usata qui ci mostra che il legislatore voleva parlare dei proventi dai medesimi percepiti, e quelli che non lo sarebbero ancora nel tempo della domanda di restituzione, appartenerebbero intieri all'assente od ai suoi eredi.

E così dovrà farsi sempre, qualunque sia l'epoca in cui avrà luogo la restituzione, ed ancorchè avvenga dopo la immissione definitiva. Di fatti, come osserveremo nell'art. 138 [141], soltanto mediante la percezione, colui che possiede un fondo di cui non ha la proprietà può far suoi i frutti.

VI. — Di già abbiamo fatto notare due vizi di redazione nel nostro art. 127 [133]: ora dobbiamo rilevarne un terzo più grave: esso consiste nell'aver il legislatore messo nella medesima condizione, quanto ai frutti da restituirsi, così l'impresso provvisoriale come il coniuge amministratore legale, fra' quali non pertanto vi è una enorme differenza.

Per vero, in qualunque modo finisca l'immissione provvisoriale, colui che l'aveva ottenuta riterrà sempre i frutti nelle proporzioni indicate dal nostro articolo. Li riterrà restituendo i beni, se l'immissione termini per la prova acquistata dell'esistenza dell'assente, o della sua morte avvenuta in un'epoca in cui l'impresso in possesso non era più suo erede; li riterrà poi unitamente agli stessi beni, se questa immissione provvisoriale finisca, la mercè della prova acquistata della morte dell'assente, in un'epoca in cui l'impresso era suo erede, oppure la mercè del decorso di trent'anni, dopo la dichiarazione di assenza, o di cento anni dalla nascita dell'assente. Dunque li conserverà sempre. Ma non è punto lo stesso in quanto al coniuge amministratore legale.

Vediamo, in effetti, ciò che avviene nelle varie circostanze per le quali ha fine l'amministrazione legale del coniuge presente.

Siffatta amministrazione, del pari che la continuazione della comunione che le dà luogo, finiscono, come osservammo nell'art. 124 [130], n. VI e seguenti, in sei modi: 1.° cioè, per la prova acquistata dell'esistenza del

coniuge assente; 2.° per la pruova della di lui morte; 3.° pel decorso di trent'anni dopo la sua dichiarazione di assenza, o di cento dopo la sua nascita; 4.° per la morte del coniuge presente; 5.° per la rinuncia di questo stesso coniuge alla continuazione della comunione; 6.° infine, per la sua propria dichiarazione di assenza. Esaminiamo brevemente ciascuno di questi sei casi.

1.° Quando l'amministrazione del coniuge presente finisce per la pruova acquistata dell'esistenza dell'assente, è incontrastabile che la comunione ha sempre durato e dura tuttora, ed i frutti percepiti dall'amministratore legale non possono diventare suoi per due ragioni. Primo, essendo sempre durata e tuttora durando la comunione, è a questa e non al coniuge assente che sono sempre appartenuti e che tuttora appartengono i frutti percepiti durante l'amministrazione legale (art. 1401, 2.°) (1); ora nel nostro art. 127 [133] non si tratta che dei proventi, appartenenti all'assente, e che raccoglierebbe se fosse presente e che dovrebbero essergli restituiti se il nostro articolo non esistesse: ond'è che giusta lo stesso articolo, a lui va restituito il quinto o il decimo, che i possessori provvisori non avrebbero il dritto di ritenere, mentrè nella nostra ipotesi questo quinto o decimo di proventi apparterrà alla comunione, come tutto il dippiù di essi proventi. Inoltre, e quando anche, nella nostra ipotesi, si togliessero alla comunione i dritti che ha su i frutti per darli al coniuge amministratore, non si farebbe che un circolo vizioso dopo il quale que' frutti ritornerebbero sotto altro titolo alla comunione; poichè è ad essa che si appartiene tuttocci che perviene a ciascuno de' coniugi per le sue fatiche, le sue industrie ecc., e costoro nulla possono guadagnare che rimanga lor proprio (art. 1401, 1.° e 3.° comma combinati) (2).

In questo primo caso dunque tutti i frutti percepiti apparterranno non al coniuge amministratore, ma alla comunione; inguischè rimarranno le cose come se non vi fosse stata assenza.

2.° Quando l'amministrazione legale finisce per la pruova acquistata della morte dell'assente la comunione allora trovasi disciolta dal momento in cui avvenne la morte.

Bisognerà quindi applicare quel che abbiamo detto nel precedente caso circa i proventi raccolti prima della morte, cioè, riunirli alla massa comune e poi divider questa massa tal quale era al momento della morte fra il coniuge presente e gli eredi dell'assente. Quanto

ai proventi prodotti e raccolti dopo la morte dell'assente sino al momento in cui se ne abbia conoscenza, ed in cui cessa l'amministrazione del coniuge presente, essi si apparterranno a costui nelle proporzioni indicate dal nostro articolo. Infatti la comunione in tal caso era cessata; erano dunque in realtà rendite dell'assente, e per conseguente nulla più si oppone che l'amministratore le ritenga in virtù del nostro articolo.

3.° Quando l'amministrazione legale finisce per lo scorrere di trent'anni dopo la dichiarazione di assenza, o di cento anni dopo la nascita dell'assente, allora il coniuge assente (come notammo anche nell'art. 124 n. IX. [130]) è reputato morto dal momento stesso della sua scomparsa, e la comunione è considerata sciolta a siffatt'epoca e come non fosse esistita durante l'amministrazione legale. In conseguenza le rendite percepite durante l'amministrazione non possono essere attribuite alla comunione la quale sarà divisa nello stato in cui trovavasi al tempo della scomparsa, e però neanche in questo caso nulla si oppone che esse sieno ritenute in forza del nostro articolo dal coniuge il quale le ha raccolte. Ma egli non le riterrà che *provisionalmente*; perchè ove si dimostri in seguito il coniuge assente essere tuttora vivente, ne risulterà che la comunione sia sempre durata e duri ancora, e quindi ad essa si apparterranno tutte le rendite. Se si provi poi che l'assente sia morto (e per conseguente disciolta la comunione), ma in un'epoca posteriore alla scomparsa, il coniuge presente non potrà invocare il nostro articolo che per i proventi percepiti dopo la morte, e dovrà rimettere nella comunione, per procedersi ad una novella divisione, quelli percepiti prima ed indebitamente ritenuti.

4.° Che se è poi per la morte del coniuge presente che cessa l'amministrazione legale, allora la comunione trovasi realmente disciolta, ma il suo scioglimento (art. 123, n. X, [129]) per effetto della dichiarazione d'assenza, la quale riprende allora tutto il suo vigore, risale, come nel caso precedente, al giorno stesso della scomparsa del coniuge assente.

Laonde, anche in questa ipotesi, la Comunione, che reputasi non aver continuato durante l'amministrazione legale, non può eccepirsi a fin d'impedire che gli eredi del coniuge presente, ora defunto, prendano la porzione dei proventi loro accordata dal nostro articolo; ma non la riterranno che *provisionalmente* (come nel caso precedente), e salvo a restituirla in parte, se provasi, che l'assente invece di essere morto nel momento della scomparsa, sia morto al tale o tal altro momento dell'amministrazione legale;

(1) Questo articolo fu soppresso nelle nostre leggi civili. (Nota del Traduttore).

(2) Vedi la nota precedente. (Nota del Trad.)

e salvo anche a restituirla per intero, se provasi che l'assente viva tuttavia, o non sia defunto che dopo l'avvenuta morte del coniuge presente. Il che è conseguenza del principio, che tutti i frutti, rendite ec. prodotti durante la comunione, fanno parte della medesima.

5.° Quando l'amministrazione legale finisce per la rinunzia del coniuge presente, lo scioglimento risale anche in questo caso al giorno della scomparsa, salvo la prova contraria. Per la qual cosa il coniuge amministratore ritiene la porzione de' proventi che gli concede il nostro articolo, ma sempre salvo a restituirla in tutto o in parte, secondo che si proverà in seguito, o che il coniuge assente non sia morto che alla tale o tal altra epoca, ovvero che esista tuttora.

6.° Finalmente, allorchè la dichiarazione di assenza del coniuge rimasto presente dà termine alla sua amministrazione legale, siccome anche in questo caso lo scioglimento della comunione risale (ma provvisoriamente soltanto) al momento della scomparsa del primo assente, così è uopo ripetere ciò che abbiamo detto nel § 3.° 4.° e 5.° di questo numero.

Così dunque, mentre gli immessi provvisoriamente ritengono in tutti i casi definitivamente e per intero, la porzione delle rendite loro attribuite dal nostro articolo, l'amministratore legale sovente non vi avrà alcun dritto; e se prende tal porzione, la prenderà ora nella totalità, ora in parte soltanto, ora irrevocabilmente, ora, ed il più delle volte, in virtù di una semplice presunzione, e salvo a restituire sia una parte, sia benanche la totalità di ciò che aveva preso.

Vi è quindi come dicevamo nel cominciamento di questo n. VI., una notevole differenza fra l'amministratore legale e l'impresso in possesso, e non sarebbe stato inutile di stabilire per ciascuno di essi una distinta e speciale disposizione.

Dal fin qui detto, di leggieri si osserva che quando il coniuge presente o i suoi eredi avranno dritto ad una data porzione di frutti in virtù del nostro articolo, tale dritto non potrà versare su tutti i beni della comunione, ma soltanto sulla parte di comunione che è da essi restituita agli eredi presuntivi del coniuge assente. Di fatti, questo dritto loro non appartiene se non quando vi è scioglimento (o reale o presunto) e quindi divisione della comunione. Ora in quanto all'altra metà, quella che essi ritengono, è ben chiaro che ne ritengono eziandio i proventi, ma non più in virtù dell'amministrazione legale e nè secondo il nostro articolo, ma come proprietari, sia reali, sia presunti.

È mestieri però di fare una novella osser-

vazione relativa a siffatta metà, che il coniuge presente o i suoi eredi ritengono.

Quando l'amministrazione legale cessa per lo scioglimento reale della comunione, la divisione essendo allora definitiva ed irrevocabilmente regolando tutti i dritti, posteriormente non potrebbe esservi luogo a difficoltà alcuna, a veruno calcolo novello. Ma quando questa amministrazione terminerà per dar luogo ad una divisione provvisoriale che risulti da un presunto scioglimento, come di sopra nel 3.° 4.° 5.° e 6.° §, il coniuge presente o i suoi eredi, cessata l'amministrazione legale, si troveranno di essere semplici immessi in possesso provvisoriale, in quanto alla loro porzione di comunione ed agli utili di sopravvivenza da essi raccolti. Adunque in tal caso potrà avvenire di esservi posteriormente luogo per essi a restituire sia i lucri di sopravvivenza, sia una frazione della parte della comunione, e loro si applicherebbe allora il nostro articolo per riscattare a' medesimi, come a tutti gli altri immessi in possesso, sia i quattro quinti, sia i nove decimi, sia la totalità dei frutti de' beni che restituiscono.

VII. — La legge, come si è osservato, per rendere più o meno rilevante la porzione delle rendite che concede all'impresso provvisoriale, non guarda alla durata del suo possesso, ma solo al tempo scorso dalla scomparsa dell'assente.

Così, supponiamo che la dichiarazione di assenza e l'immissione provvisoriale non siano state pronunziate che undici anni dopo la scomparsa, perchè era stato lasciato un procuratore, e che l'assente ritornasse sedici anni dopo: il possessore provvisoriale, la cui immissione non è pronunziata che da cinque anni, riterrà, secondo il nostro articolo, i nove decimi de' frutti che ha percepiti durante tal periodo di tempo. Al contrario, se la dichiarazione di assenza e l'immissione provvisoriale fossero state pronunziate cinque anni dopo la scomparsa, e l'assente ritornasse dopo quattordici anni, l'impresso, sebbene fosse in possesso da nove anni, pur nullamente non avrebbe che i quattro quinti delle rendite da lui raccolte.

E di fatti, la presunzione di morte divenendo più grave a misura che si prolunga l'assenza, la persuasione, che può avere l'impresso in possesso, che egli è e rimarrà proprietario, crescendo, lo induce sempre più a spendere le rendite come se fossero sue. La legge dunque dovca, per non renderlo vittima di questa confidenza ben naturale, accordargli su tali rendite un dritto maggiore, a misura che diventava più remota l'epoca della scomparsa, senza avere riguardo alla durata del suo possesso.

Il perchè è al tempo decorso dalla scomparsa fino al momento della restituzione, che si pon mente per determinare *qual porzione di frutti* appartenga all'impresso; l'epoca poi in cui comincia l'immissione, non si considera che per determinare *quali sono i frutti* su cui la mentovata porzione preleva si debba.

Ora l'amministratore legale, essendo posto dalla legge (a torto è vero, ma importa poco) nella stessa condizione dell'impresso in possesso, il calcolo della porzione di frutti, che può ritenere, dovrà dunque eseguirsi secondo le stesse basi, cioè per determinare la porzione cui avrà dritto sulle rendite, non dovrà aversi riguardo nè all'epoca in cui la sua amministrazione ha avuto principio e neppure all'epoca in cui si scioglieva la comunione, ma bisognerà attribuirgli o quattro quinti, o nove decimi, o la totalità, secondochè la sua amministrazione terminerà prima o dopo i quindici anni seguenti alla scomparsa, ovvero dopo trent'anni di assenza dichiarata, o cento anni compiuti dalla nascita dell'assente.

Del rimanente, allo stesso modo che quando si tratta d'impressi in possesso, bisogna tener presente l'epoca in cui è cominciata l'immissione per sapere su quali frutti si dovrà prendere la tale o tal'altra porzione, così nel caso di un amministratore legale, per determinare le mentovate cose, è uopo risalire all'epoca in cui si è sciolta la comunione.

Per riassumere quanto abbiamo detto in questi due ultimi numeri, e per far scomparire il difetto di redazione che noi vi abbiamo notato, diciamo: « Coloro, che ottengono l'immissione provvisoria in possesso, ritengono in virtù dell'art. 127 [133] in tutti i casi e sempre irrevocabilmente i quattro quinti, i nove decimi, o la totalità dei frutti percepiti durante tutto il tempo che ha avuto luogo il loro possesso provvisorio, su tutti i beni di cui avevano il possesso; quanto all'amministratore legale non può egli invocare siffatto articolo 127 [133] che per la metà della comunione che restituisce, e soltanto per i frutti da lui percepiti su tale metà posteriormente allo scioglimento della comunione; attesochè tutti quelli raccolti durante la esistenza della comunione a questa appartengono e fanno parte della massa a dividersi. »

VIII. — Abbiamo detto che il legislatore ha avuto torto di porre nella condizione medesima gl'impressi in possesso ed il coniuge amministratore in quanto ai diritti sulle rendite dei beni dell'assente; ed abbiamo altresì veduto quanto sia grande la differenza che intercede fra loro, riguardo agli effetti delle qualità loro rispettive.

Ma non è sotto quest'aspetto solamente che la disposizione di legge merita censura. Quell'aver assimilato il coniuge amministratore agli altri impressi in possesso, ancorchè tale assimilazione si modifichi come deve esserlo (e come noi abbiamo testè fatto) secondo le regole stabilite nel titolo del *Contratto di matrimonio*, trovasi per sempre in opposizione ai veri principii del dritto ed alle norme del buon senso. Ond'è che questo non è solamente un vizio di redazione, ma un vizio formale che offre il nostro articolo.

Di fatti, se si è accordato agl'impressi in possesso una porzione di frutti sempre più considerevole a misura che si prolunga l'assenza, ciò si è fatto perchè quanto più questa è durata, tanto è più probabile che l'assente sia morto, e quindi vie più l'impresso in possesso, il cui dritto alla successione dipende dalla sua morte, ha dovuto credere che i beni erano suoi ed a lui rimarrebbero.

Ma è precisamente l'opposto pel coniuge amministratore legale. È a ricordarsi (n. VI penultimo comma) che l'amministratore legale può invocare il nostro articolo solamente per i frutti prodotti dalla metà della comunione che si restituisce, ora, se ha potuto spendere sbadatamente le rendite nei primi tempi della sua amministrazione, perchè stimava che la comunione durasse ancora e che presto il suo coniuge ritornerebbe, siffatta credenza della continuazione della comunione, si fatta speranza del ritorno del suo consorte han dovuto andare scemando a misura che si prolungava l'assenza. Doveva dunque, in quanto alla metà per cui invoca l'articolo, tanto più risparmiare le rendite che doveva restituire per quanto la restituzione diveniva più probabile. Lungi dunque dal dover progressivamente aumentare la porzione che si accorda all'amministratore legale su i proventi avuti dopo lo scioglimento della comunione dalla metà che ne restituisce, avrebbe dovuto al contrario progressivamente diminuire a misura che si avvalorava la presunzione della morte dell'assente.

Del resto, siccome siffatta disposizione del nostro articolo non si trova in opposizione con niun altro articolo del codice, così la critica, che se ne può fare, quantunque sia fondata, non ne impedirà l'applicazione.

IX. — La quantità di frutti, cui hanno dritto gl'impressi in possesso e l'amministratore legale, secondo il nostro articolo, non deve calcolarsi nè prendersi su i prodotti lordi dei beni dell'assente, ma sulla loro rendita netta, cioè fatta deduzione dei pesi che ordinariamente repuntansi come gravanti su i detti frutti, come per esempio gl'interessi de' capitali dovuti, gli atrassi di canoni dall'assente dovuti, la soddisfazione delle imposte:

in una parola tuttocìò che si addimanda *rendite passive*. Di vero la legge ha inteso di accordare agl'immessi in possesso ed all'amministratore legale una parte del godimento delle rendite; or non si considera mai come vera rendita se non quella che rimane, fatta detrazione di questi diversi pesi.

Fra codeste rendite passive vogliansi altresì annoverare le spese fatte per riparazioni di *mantenimento* degli immobili dell'assente.

Gl'immessi in possesso e l'amministratore legale (questi per l'art. 124 [130], quelli per l'art. 125 [131]) essendo dalla legge incaricati di amministrare i beni dell'assente, spetta benanche a loro di fare tutte le *riparazioni* di cui vi sarà bisogno. Ma le riparazioni di *mantenimento* restano a loro carico (proporzionalmente alla quantità dei proventi da essi ritenuti); mentrèchè le altre per intero andranno a carico dell'assente. Difatti le riparazioni di *mantenimento* sono uno de' pesi inerenti alle rendite; esse han luogo periodicamente ed in epoche vicine, ed è perciò naturale, anzi è nell'ordine logico delle cose, che le spese che cagionano sieno prelevate dai frutti, che eziandio periodicamente producono gl'immobili e la quantità de' quali diminuirebbe, se il *mantenimento* fosse abbandonato. Che esista una relazione tra le rendite di un fondo e le riparazioni di *mantenimento*, è un'idea talmente vera e talmente generalizzata in tutte le menti, che quando vuoi denotare la cifra della rendita annuale di una persona, non s'indica mai il prodotto lordo de' suoi beni, ma soltanto ciò che gli resta dalle sue rendite di un anno, dopo la detrazione delle spese a fare nel corso dell'anno per le riparazioni di *mantenimento*. L'impresso provvisorio in possesso e l'amministratore legale, ritenendo una parte dei proventi, dovranno dunque proporzionalmente sopportare una parte delle spese occorse per le riparazioni di *mantenimento*.

Così supponiamo che Paolo sia immesso nel possesso di beni, che in ciascun anno danno il prodotto di 3,000 franchi, ma su cui gravitano altresì 400 franchi annui d'imposta ed un censo anche annuo di 400 franchi, e finalmente 200 franchi di riparazioni per *mantenimento*; talchè la rendita netta non è che di 2,000 franchi. Poniamo che l'assente ritorni dopo sedici anni dalla scomparsa e dieci dopo che abbia avuto luogo l'immissione provvisoria; Paolo ha dritto ai nove decimi dei frutti da lui percepiti durante questi dieci anni, e non è tenuto che a restituirne il decimo all'assente. Ma se egli dicesse: « I vostri beni producono un'annua rendita di 3,000 franchi che per dieci anni ammonta a 30,000 franchi; voi avrete dritto ad un decimo, cioè a 3,000 franchi; ma io ho ero-

gato per riparazioni 1000 franchi in ogni anno, in tutto 10,000 franchi, di cui mi dovete dar conto, dunque in vece di darvi 3000 franchi, io ne debbo da voi avere 7000. » Non si ammetterebbero simili pretese; imperciocchè sarebbe lo stesso che far sopportare per intero all'assente i pesi che gravitano su i frutti, i quali non debbono essere da lui sopportati che per un decimo, poichè egli non ne prende che un decimo. Ma reciprocamente l'assente non potrebbe prendere i 3,000 franchi, decimo dei 30,000, perchè allora l'impresso sopporterebbe tutti i pesi, cui non è tenuto che per nove decimi. Nel presente caso i pesi ascendono al terzo delle rendite; dunque l'impresso e l'assente vi contribuiranno ciascuno pel terzo di ciò che prendono. Così l'assente su i suoi 3,000 franchi, ne rilascerà 1000 per pagare un decimo dei pesi, e ne riterrà 2,000; lo immesso su i 27,000 che gli rimarranno, dedotti i 3,000 presi dall'assente, sopporterà i nove decimi dei pesi, ossia 9,000 franchi; di tal che gli rimarranno 18,000 franchi netti.

Si otterrebbe più semplicemente il medesimo risultamento, facendo ciò che abbiamo indicato nel principio di questo numero, val dire, non computando per ciascun anno che la *rendita netta dei pesi pagati*. Così da 3,000 franchi di prodotto, tolti 1,000 franchi di pesi, ne restano 2,000 di rendita netta. Ora 2,000 franchi annui, per dieci anni, danno 20,000 franchi, di cui l'impresso in possesso deve ritenere nove decimi ossia 18,000 fr. e darne all'assente un decimo, ossia 2,000.

Ma se le riparazioni di *mantenimento* debbono essere proporzionalmente sopportate dall'impresso provvisorio in possesso e dall'assente, per quelle di maggior conto non sarà lo stesso, non essendo esse certamente un peso delle rendite.

Supponiasi, in fatti, un potere che dà un estaglio di 3,000 franchi; una fabbrica importante che vi esiste, ad esempio, la casa del fittaiuolo viene ad incendiarsi, od a crollare per vetustà; la sua ricostruzione costerà 7 in 8,000 franchi. È chiaro che tal somma non sarà presa dalla rendita di 3,000 franchi annui. Il proprietario se la procaccerà sia usando i capitali economizzati da molti anni, se ne abbia, ed allora mette mano alle stesse sostanze che formano la sua fortuna; sia prendendola a prestito, ed allora ancora il suo capitale sarà d'altrettanto diminuito, sia infine vendendo una porzione del potere. In tutti i casi sarà il capitale stesso della sua fortuna che soffrirà la perdita; di guisa che queste riparazioni gravi per la natura stessa delle cose, sono un peso che non grava sulla rendita, ma sulla proprietà.

L'amministratore legale e l'impresso prov-

visuale in possesso, non avendo dritto che ai frutti, non contribuiranno dunque a siffatte riparazioni, che per intero cadranno sull'assente.

Tuttavia è pure evidente che vi contribuiranno anche l'impresso provvisorio in possesso, o l'amministratore legale; perchè per essi vi sarà diminuzione di godimento in qualsiasi guisa si farà fronte alle spese. Se l'assente ha lasciati de' capitali, questi si adopereranno per far coteste gravi riparazioni ed allora il possessore provvisorio ne perderà gl'interessi; se si venda una parte del potere, il possessore più non avrà i frutti della porzione venduta; infine se si prenda ad prestito una somma, egli ne dovrà pagare gl'interessi, prelevandoli sui frutti dei beni dell'assente.

Se dunque è lo stesso impresso in possesso che anticipa dai suoi propri capitali la somma necessaria, ne sarà rivaluto nel tempo della restituzione dei beni, ma non potrà dimandarne gl'interessi essendo questi un peso dei frutti, i quali in tutto od in parte non appartengono all'impresso in possesso, che fatta deduzione degl'interessi mentovati.

Le spiegazioni date in questo numero e che risultano dalla natura stessa delle cose, risultano egualmente dalle disposizioni stabilite dal legislatore nel titolo dell'*usufrutto*, articoli 605, 608, 609, 612, 613 [330, 533, 534, 537, 538] (1).

119 [134]. — Non potranno alienare, nè ipotecare i beni stabili dell'assente coloro, i quali non li possederanno che a titolo d'immissione provvisoria.

SOMMARIO.

- I. Gl'impressi in possesso possono, in forza di una sentenza emanata, ipotecare o alienare i beni stabili dell'assente.
- II. Gl'impressi, senza sentenza, possono benissimo vendere, o pure donare i dritti e le speranze che restano su tali beni.
- III. Possono altresì, sempre senza sentenza, vendere direttamente l'immobile, facendolo sotto una condizione risolutiva, nel caso in cui dovrebbe succedere la restituzione.
- IV. L'impresso in possesso è nella impossibilità di pignorare contro l'assente nei limiti in cui lo rappresenta.
- V. Gl'impressi in possesso ed il coniuge amministratore non possono oltre i nove anni locare.

1. — Nell'art. 126 [132], comma 2, la legge avendo negato agl'impressi nel possesso dei beni dell'assente la facoltà di alienare i beni mobili, doveva con maggior ragione negar loro quella di alienare od ipotecare gl'immobili.

(1) L'art. 613 del codice francese qui citato dall'autore dice: « L'*usufruttuario* non è tenuto a che per le spese delle liti concernenti l'*usufrutto*, e per le condanne alle quali le stesse liti potrebbero dar luogo » — Al rispondente art. 638 delle nostre leggi civili fu aggiunta una seconda

Ma se costoro non possono nè vendere, nè ipotecare gl'immobili dell'assente, potranno la mercè di una sentenza diventarne capaci.

Ed in prima, per l'ipoteca, l'art. 2126 [2012], dice: « I beni dei minori, degl'interdetti e quelli degli assenti, finchè il *potere* non è conferito che provvisoriamente, non possono essere ipotecati se non per le cause e nelle forme stabilite dalla legge, ovvero in forza di sentenza. »

In questo articolo le parole per le cause e nelle forme stabilite dalla legge sono relative ai beni dei minori e degl'interdetti, per i quali, di fatti, la legge ha indicato le cause e le forme di alienazione, come lo si può scorgere negli art. 457 e 509 [380 e 432]; ma esse non hanno alcuna relazione coi beni degli assenti, attesochè per questi la legge, nè nel presente titolo, nè altrove, non ha determinato formalità alcuna da seguire, nè indicato alcuna causa di alienazione. Le parole in forza di sentenza sono dunque le sole che nel citato articolo si riferiscono ai beni degli assenti.

Così dunque gl'impressi in possesso, ottenendo una sentenza, possono ipotecare i beni dell'assente; ora secondo l'art. 2124 [2010], tutti coloro che hanno la capacità d'ipotecare un immobile possono alienarlo.

Da ciò ne segue che, in forza di sentenza, gl'impressi in possesso potranno altresì alienare gl'immobili loro affidati.

II. — Se, senza la sentenza, gl'impressi in possesso non possono vendere i beni stabili dell'assente, benissimo potranno vendere, permutare, cedere, in qualunque modo sia, i dritti e le speranze che vi potranno avere.

Così Pietro, impresso in possesso nei beni di un assente in qualità di erede presuntivo del medesimo, potrà validamente contrattare con Paolo, cedendosi, mediante una somma di . . . tutti i suoi dritti presenti e futuri sopra il tale immobile dell'assente. Paolo in forza di siffatto contratto godrà dell'immobile finchè durerà l'immissione provvisoria; poscia, in caso di prova acquistata dell'esistenza dell'assente o della sua morte in un'epoca in cui il venditore più non era suo erede, egli lo restituirà, ma conserverà per sé la porzione di frutti accordata dall'art. 127 [133]. Che se mai si abbiano notizie dell'assente, o che si sappia la sua morte avvenuta nel momento in cui il venditore era tutavia suo erede, Paolo, compratore, se ne tro-

parte redatta nel seguente modo: — « Se la lita riguarda tanto la proprietà che l'*usufrutto*, saranno tenuti il proprietario e l'*usufruttuario* per contributo » — Vedi le nostre osservazioni al luogo proprio. (Nota del traduttore.)

verà definitivamente proprietario. Qui, come si vede, è in certo modo un'alea che si è venduta, è un rischio che corrono ambe le parti.

Forse, l'immobile sarà stato così ceduto per la metà del suo valore; se vi sarà luogo a restituzione, il compratore perderà la somma erogata, la quale sarà guadagnata dall'impresso in possesso; se poi la restituzione non avverrà, è l'impresso che perderà la metà del prezzo dell'immobile che andrà a profitto del compratore.

III. — L'impresso in possesso potrebbe ancora vendere lo stesso immobile, purché stipulasse la risoluzione del contratto, pel caso in cui esistesse l'assente, o che fosse morto nel tempo in cui quest'impresso più non era suo erede.

Così, Pietro, impresso in possesso, validamente consentirebbe in questi termini all'alienazione di un fondo, che faccia parte dei beni dell'assente: « lo vi vendo il tale fondo » per la somma di.... ma il contratto sarà come non avvenuto, se in seguito, sarà obbligato in faccia dell'assente o dei suoi rappresentanti a restituirlo. »

In tal caso, come si scorge, se l'impresso in possesso trovasi posteriormente obbligato alla restituzione, la vendita sarà considerata come non avesse avuto mai esistenza; che se non vi sia luogo a restituzione l'impresso si trova di essere sempre proprietario e valida rimane l'alienazione. Del resto ciò sarà meglio inteso in prosieguo, quando saranno state spiegate la natura e gli effetti della condizione (art. 1168 [1121] e seguenti).

IV. — Si è domandato se la prescrizione potesse correre contra l'assente a favore degli impressi in possesso. La negativa non è punto dubbia.

Sendo i rappresentanti dell'assente, dall'articolo 125 [131] incaricati di fedelmente amministrare i suoi beni ed rendergli conto dell'amministrazione, gli impressi hanno per la loro qualità l'obbligo d'interrompere qualunque prescrizione che potesse correre contra di lui; in guisa che sarebbero responsabili in faccia al medesimo, se potendola impedire la lasciassero compiere. Come dunque essi stessi prescriverebbero?

Ciò del resto, vuoi intendere bene. Per tanto l'impresso in possesso è nella impossibilità di prescrivere contra l'assente, per quanto lo rappresenta; ora egli può rappresentarlo d'una maniera più o meno estesa. Così colui che ottiene l'immissione provvisoria a titolo di erede, trovandosi essere il suo perfetto ed assoluto rappresentante, è posto nella impossibilità assoluta ed intera di compiere contra l'assente qualunque siasi prescrizione, tutte quelle che potrebbero correre quand'ei domanda l'immissione in pos-

sesso si arrestano per effetto della pronunziazione di quella. Al contrario colui che ottiene l'immissione in possesso qual semplice proprietario di un fondo, di cui l'assente aveva l'usufrutto, non è il rappresentante dell'assente che per l'usufrutto del fondo, e quindi questo usufrutto è la sola cosa che non può prescrivere contra di lui.

In una parola, è nei limiti nei quali rappresenta l'assente, che l'impresso in possesso trovasi impossibilitato a prescrivere contra di lui.

V. — Gli impressi in possesso ed il coniuge che ha ottato per la continuazione della comunione, non essendo che amministratori dei beni dell'assente, non possono stipulare locazione di essi fondi per una durata maggiore di nove anni; imperciocché quelle fatte per un tempo più lungo sono dalla legge considerate come uscite fuori dalla classe dei semplici atti di amministrazione. (Ved. art. 481, 1429 [404, 1400]).

129 [135]. — Se l'assente avrà continuato per lo spazio di trent'anni dopo la immissione provvisoria in possesso, o dopo l'epoca in cui il coniuge in comunione avrà presa l'amministrazione de' beni dell'assente, oppure quando siano trascorsi cent'anni compiuti dalla nascita dell'assente, le cauzioni resteranno disciolte: tutti coloro che ne avranno il dritto potranno dimandare la divisione dei beni dell'assente e far pronunziare dal tribunale di prima istanza la definitiva immissione in possesso.

SOMMARIO.

- I. Legittimità della immissione definitiva. — Essa dà agli impressi la proprietà dei beni; ma non proprietà assoluta per quel che non si trovano alienati.
- II. Le cauzioni non sono soltanto disciolte per l'arresto, ma anche per tutto il passato.
- III. Non vi è obbligo pel tribunale, bensì facoltà di ordinare delle prove.
- IV. Non è precorrenza dell'immissione provvisoria e dell'amministrazione legale, ma della dichiarazione di assenza che decorre in trent'anni. Però non basta che questa dichiarazione sia stata promulgata dopo trent'anni, bisogna che sia stata provvisoria.
- V. Siffatta dichiarazione è necessaria anche quando s'inverte il decorso di cento anni dalla nascita dell'assente.
- VI. L'immissione definitiva sarà spesso ma non sempre ottenuta da coloro che ebbero l'immissione provvisoria.
- VII. La divisione, di cui fa motto l'articolo, non avrà luogo che quando la non si è operata all'epoca dell'immissione provvisoria, ovvero quando i beni si trasferiscono a nuovi impressi.
- VIII. L'immissione definitiva non può farsi che in due modi. Qual è in ciascun caso?

I. — Allorché sono decorsi trent'anni dalla dichiarazione di assenza, o cento anni dalla nascita dell'assente, la presunzione della sua morte agli occhi della legge è giunta al più alto grado. Infatti, nel primo caso, trentacinque o quarantun anno (secondochè siasi o pur no lasciata una procura) sono scorsi

dalla partenza senza alcuna notizia, quindi vi è ragion di credere che l'assente più non esista. Nella seconda ipotesi si ha una non meno grave ragione, poichè ordinariamente cento anni sono il più lungo periodo della vita umana (1).

In questi due casi adunque il legislatore, che non poteva lasciare indefinitamente in sospenso il dritto di proprietà, e che dopo un termine più o meno lungo doveva alla fine far rientrare nel commercio i beni dell'assente, adotta un provvedimento novello e, sotto nome d' *immissione definitiva in possesso*, attribuisce la proprietà dei beni dell'assente a coloro che su tutti o in parte vi avevano dritti dipendenti dalla costui morte. Tuttavia proprietà siffatta non è irrevocabile, perchè se venga in seguito a provarsi o che l'assente esiste tuttora, o che sia morto in un'epoca in cui altri, e non gl'immessi in possesso, erano suoi eredi, questa proprietà sarà risolta per tutti que' beni dell'assente che gl'immessi in possesso si troveranno ancora di tenere (art. 132 [138]).

II. — Scorsi trent'anni dalla dichiarazione di assenza, o cento anni dalla nascita dell'assente, le cauzioni, che gl'immessi in possesso erano stati obbligati a dare, sono disciolte di pieno dritto e senza che vi sia bisogno di farne pronunziare lo scioglimento. Era pur forza di mettere un termine allo stato d'incertezza e di soggezione che durava da tanti anni.

E non solamente per l'avvenire tali cauzioni più non dovranno garantire gli obblighi degl'immessi, ma eziandio per lo passato: esse sono *disciolte*, cioè sgravate dall'obbligo che su esse gravava e riputate di non essere state mai cauzioni. Da ciò conseguita che l'amministrazione precedente degl'immessi, quella che ha avuto luogo durante l'immissione provvisoriale, non può più essere scrutinata. E debb'essere così, poichè a cominciare da questo momento gl'immessi potranno vendere, donare, alienare, distrarre, come loro aggraderà, tutti i beni dell'assente.

La cosa però non andrà così, che quando si è veramente giunto, senza notizia dell'assente, al momento indicato dal nostro articolo. Imperciocchè se si scovrisse che l'assente prima di quest'epoca avesse dato di sé nuove, e che gl'immessi per frode lo avessero celate, è ben chiaro che malgrado i trenta o i cento anni decorsi, costoro resterebbero sottoposti a tutte le loro obbligazioni, e però le cauzioni non sarebbero più disciolte.

III. — Se lo scioglimento delle cauzioni ha luogo di pieno dritto, non è così dell'immissione definitiva in possesso; questa deve essere dimandata al tribunale e dal tribunale pronunziata.

Non sempre per pronunziare l'immissione basterà una sola sentenza. Il tribunale prima di profferirla deve istruirsi ed illuminarsi a sufficienza. Può darsi, come di sopra notammo, che notizie avute dell'assente si fossero celate dagl'immessi, o che questi all'epoca della di lui morte più non erano suoi eredi più prossimi. Il tribunale dunque, giudicandolo conveniente, potrà ordinare un'istruzione secondo le circostanze, ed allora solo, purchè il risultato di questa non sia contrario, dovrà ordinare l'immissione definitiva. Ma in questo caso, all'opposto di ciò che ha luogo quando trattasi della dichiarazione di assenza, l'istruzione non essendo imposta dalla legge, non sarà che facoltativa, e nel caso in cui fosse ordinata, la sentenza che pronunzia l'immissione definitiva potrà essere renduta subito dopo che ne sarà noto il risultato. Infine non saranno trasmesse al ministro della giustizia nè la sentenza che ordina l'istruzione, nè quella che pronunzia l'immissione definitiva.

IV. — Stando al testo del nostro articolo, bisognerebbe dire che i trent'anni allo spirar de' quali si ha diritto alla immissione definitiva in possesso, non possono decorrere che a contare dal di della immissione provvisoriale o dell'amministrazione legale. Noi stimiamo nondimeno che questa non sia l'idea del legislatore. Secondo noi i trent'anni decorreranno dalla dichiarazione di assenza quando anche, questa pronunziata, la immissione provvisoriale o la legale amministrazione non fossero state domandate immanenti.

Al testo del nostro articolo abbiamo ad opporre il testo dell'art. 127 [133], che accorda agl'immessi od al coniuge amministratore la totalità dei frutti, non già trent'anni dopo l'immissione provvisoriale o l'amministrazione legale, ma dopo trent'anni di assenza, cioè scorsi trent'anni dalla dichiarazione di assenza. . . Contrapposti così l'uno all'altro questi due testi e per così dire l'uno dall'altro neutralizzati, ci rimane a consultare lo spirito della legge; or noi dimandiamo quale importanza può avere, per rendere maggiore la presunzione della morte, la circostanza di essere stata dimandata l'immissione provvisoriale? Siffatta presunzione non trae forse evidentemente tutta la sua forza dal tempo più o meno lungo dell'assenza dell'individuo senza dar notizie di sé e senza alcuna circostanza che ne spieghi il silenzio? Che se il legislatore ha qui parlato dell'im-

(1) *Centum annis finis vite longoevi hominis est*, dicevano le leggi di Roma. (Nota del traduttore.)

missione provvisoriale o dell'amministrazione legale, lo ha fatto perchè quasi sempre esse son richieste subito dopo la dichiarazione, perchè insomma esse si sono presentate alla sua mente come indicanti l'epoca stessa di tale dichiarazione. Demolombe (1, 148) la sente perfettamente come noi.

Ma perchè decorra questo termine, uopo è che l'assenza sia stata dichiarata, nè basterà che sieno decorsi trent'anni dal momento in cui avremmo potuto pronunziare la dichiarazione di assenza. Così non basterà che l'assente sia partito da trentacinque anni, senza lasciare procura, ovvero quantun anno lasciando una procura; lo spirito della legge, non concede per questo fatto solo l'immissione definitiva.

Se la circostanza di essersi o pur no dimandata la immissione in possesso è indifferente per quel che concerne la presunzione di morte, punto non lo è la circostanza di essersi o pur no dichiarata l'assenza. L'assenza in fatti può esser più straordinaria in tal caso che non in tal altro, e conseguentemente la presunzione di morte può esser maggiore nella prima che non nella seconda ipotesi, ma non perchè la dichiarazione di assenza avrebbe potuto esser dimandata in quel primo caso, ne conseguita che la dimanda sarebbe stata certamente ammessa. Ben potrebbe il tribunale, in conformità dell'art. 117 [123], aver rigettato la dimanda, non ostante i cinque ovvero gli undici anni di assenza senza nuove dell'assente. In somma dall'aver potuto dimandare l'immissione provvisoria in possesso, conseguita bene che tale immissione sarebbe stata pronunziata, perchè, ottenuta la dichiarazione di assenza, la non può esser ricusata, ma dall'aver potuto dimandare la dichiarazione di assenza punto non conseguita che questa sia stata dichiarata. Niente d'altra parte è nella legge che porti a credere che l'immissione definitiva non possa intervenire se non dopo la immissione provvisoria, anzi al contrario ravvicinando le rubriche dei tre primi capitoli del nostro titolo, riman provato che l'immissione definitiva, come l'immissione provvisoriale e come l'amministrazione legale, altro non possono essere se non gli effetti dell'assenza dichiarata.

V. — Avvi un caso nel quale dovremmo, secondo alcuni autori, fare eccezione a quanto abbiamo detto. Si è scritto, che quando l'immissione definitiva in possesso era dimandata pel motivo che l'assente avea compiuto il suo centesimo anno, la si poteva allora concedere senza che vi fosse dichiarazione

ne di assenza. Ciò sembraci un orrore. È vero che la legge in sì fatto caso non richiede che sia scorso un termine più o meno lungo dopo la dichiarazione d'assenza, di tal che subito dopo questa dichiarazione possa ottenersi la immissione definitiva in possesso; ma è sempre necessario che l'assenza sia dichiarata; imperciocchè la immissione definitiva, come gli altri provvedimenti di cui parla il nostro capitolo (l'immissione in possesso provvisoriale, l'amministrazione legale), son tutti, lo ripetiamo, effetto dell'assenza, e non già dell'assenza presunta, ma dell'assenza propriamente detta, dell'assenza dichiarata. Non è lecito separare elementi, de' quali la legge richiede la unione per rendere maggiore la probabilità di morte.

Laonde, secondo la teoria della legge saviamente interpretata, fa d'uopo, per ottenere la immissione definitiva in possesso: 1.^a della dichiarazione d'assenza; 2.^a o che siano scorsi trent'anni dopo questa dichiarazione, o che l'assente abbia compiuto cento anni.

VI. — La immissione definitiva in possesso si concede il più sovente a coloro che hanno ottenuta la immissione provvisoriale, ma non però sempre. In fatti, può avvenire che individui i quali, al tempo della immissione provvisoriale in possesso, avrebbero dovuto concorrere con coloro che l'hanno ottenuta, o che anche gli avrebbero preceduti ed esclusi, non si sieno presentati, o perchè assenti egliu stessi o perchè, dimorando lungi dal domicilio dell'assente, non hanno conosciuto quel che avveniva, od infine perchè non hanno voluto dimandare tale immissione provvisoriale in possesso. Or, questi individui potranno presentarsi al tempo della immissione definitiva, e l'otterranno, purchè il loro diritto non siasi prescritto.

VII. — Il nostro articolo ci fa conoscere che nell'epoca da esso indicata, la divisione de' beni dell'assente può esser chiesta da tutti coloro che ne hanno il diritto. Ma non sempre allora si dimanda tale divisione, la quale spesso si effettua dopo scorso lungo tempo. Quando la dichiarazione di assenza e l'immissione provvisoriale in possesso saranno state pronunziate e tutti gl'individui, eredi od altri, che hanno diritti dipendenti dalla condizione della morte dell'assente, saranno venuti ad esercitarli in forza degli art. 120 e 123 [126 e 129] (1), è chiaro che la divisione sarà fatta allora, e che al tempo della immissione definitiva in possesso non può devolarsi ad una seconda divisione.

Questa seconda divisione però avrà luogo ne' seguenti casi: 1.^a se, innanzi che si pronun-

(1) Vedi la nota (2) pag. 186 e la (1) pag. 189 per la diversità di redazione che evvi fra i nostri ar-

ticoli e quelli del codice civile francese. (Nota del traduttore).

zi la immissione provvisoriale in possesso e subito o pressochè subito dopo la dichiarazione di assenza, si domanda e si ottiene la immissione definitiva, pel motivo che l'assente ha compiuto il suo centesimo anno; 2.° se la dichiarazione di assenza sia stata pronunziata, ma senza essersi dato luogo alla immissione provvisoriale in possesso, o perchè gli aventi diritto non l'abbiano chiesta, o perchè il coniuge presente l'ha impedita scegliendo la continuazione della comunione; 3.° da ultimo, se la immissione essendo stata domandata ed ottenuta, lo sia stata però solo a pro di alcuni degli aventi diritto (può avvenire che gli altri non abbiano conosciuto quel che succedeva ovvero non abbiano voluto esercitare i loro diritti, perchè stimavano che l'assente sarebbe ritornato ben tosto, e che egli e gli altri sarebbero presentati per la prima volta al tempo della immissione definitiva in possesso).

È inutile dire, che qui, come nel caso degli art. 112, 113 e 115 [118, 119 e 121], il tribunale di cui parla la legge è quello del domicilio dell'assente.

VIII. — La definitiva immissione in possesso può finire in due modi: 1.° mercè la prova dell'esistenza dell'assente, ed in questo caso i suoi beni gli sono restituiti; 2.° mediante la prova della sua morte, ed allora o i beni rimangono agli immessi in possesso, che da quel momento in avanti possederanno a titolo di proprietari incommutabili; o pure da costoro si restituiscono agli eredi più prossimi dell'assente nel giorno della sua morte.

S'indica spesso come terza causa di fine dell'immissione definitiva in possesso, la comparsa di discendenti dell'assente che reclamano la restituzione de' beni in forza dell'art. 133 [139]. Noi vedremo, spiegando il fatto articolo, che non è questa una terza maniera onde finisce l'immissione definitiva. Imperciocchè o tali discendenti promuovono l'azione di petizione di eredità, in virtù dell'art. 130 [136], a causa della morte verificata del loro ascendente, ed è questo il secondo modo per noi indicato; o agiscono soltanto in virtù dell'art. 133 [139], senza dimostrare che essi sono proprietari, ed in tale ipotesi l'immissione definitiva in possesso continua sempre, e da una mano passa in un'altra.

130 [136]. — La successione dell'assen-

te, dal giorno della sua morte verificata, resterà aperta a vantaggio de' parenti che in quell'epoca saranno i più prossimi, e coloro che avranno goduto i beni dell'assente, saranno tenuti a restituirli, eccettuati i frutti da essi acquistati in forza dell'art. 127 [133] (1).

SOMMARIO.

- I. Questo articolo ed i due seguenti provano che sono sempre preterintenzionali gli effetti prodotti dall'assenza.
- II. Condizioni che si richiedano affinché gli eredi ed i loro rappresentanti possano agire.
- III. Questo articolo si applica ai legatari come pure agli eredi legittimi, — Rinvio alle precedenti spiegazioni.
- IV. Differenza tra l'azione di petizione di eredità e quella di possesso.
- V. Contro chi dell'assente si possono pensare agire gli eredi legittimi, i legatari ed i loro rappresentanti.

1. — La disposizione di questo articolo e de' due seguenti ha una grande importanza; imperciocchè essa dimostra quel che abbiamo detto così spesso nello spiegare questo titolo, che tutte le misure prescritte dalla legge nella supposizione della morte dell'assente, si adottano sempre provvisoriamente e salvo a darsi luogo a differenti e definitive determinazioni, ove si provasse che tale supposizione era contraria alla realtà. Tale è in verità lo spirito di questi tre articoli: poichè, per gli art. 131 e 132 [137 e 138], all'assente saranno sempre restituiti i suoi beni, a qualsiasi epoca egli ritorna; e, pel nostro articolo, dimostrandosi la morte dell'assente, i suoi beni non ispetteranno a coloro che erano eredi presuntivi nel giorno della sua sparizione, ma bensì a quei che erano eredi reali al tempo della sua morte. È ben inteso che se questi eredi reali fossero trapassati allorchè si acquista la certezza di si fatta morte, i beni spettano ai loro rappresentanti. Così dunque i gli effetti che avea prodotti l'essenza cessano tosto che s'abbia notizia o che viva o che sia morto l'assente, vale a dire dal momento in cui cessa la morte d'incertezza intorno alla vita o la morte di lui.

N. B. — L'azione onde l'erede reale reclama una successione contro l'erede putativo (vale a dire che si credeva erede, ma che non era tale) chiamasi *Petizione d'eredità*.

II. — Del resto, affinchè gli eredi del giorno della morte verificata, od i loro rappresentanti, potessero agire in forza del nostro articolo, fu mestieri evidentemente che stieno nel termine utile, vale a dire che non sieno scorsi trenta anni dal dì della morte dell'as-

(1) L'art. 436 delle nostre leggi civili rispondente all'articolo in disamina fu redatto nel seguente modo: — « La successione dell'assente, dal giorno della sua morte verificata, resterà aperta a vantaggio delle persone in quell'epoca abili

» a succedere: e coloro che avranno goduto i beni » dell'assente, saranno tenuti a restituirli, ec- » cettuati i frutti da essi acquistati in forza del- » l'art. 433 ». (Nota del traduttore).

sente, di cui essi si presentano come eredi. Che se tale periodo di trent'anni fosse decorso, la prescrizione avrebbe avuto luogo ai termini dell'art. 2262 [2168]; ammenochè per interdizione o per minore età non fosse rimasta sospesa, giusta l'art. 2252 [2171].

Inoltre se si ha certezza della morte dell'assente durante il periodo della immissione definitiva in possesso, allora coloro che erano eredi al giorno della morte, od i loro rappresentanti, potranno agire contro i possessori soltanto per quel che rimane de' beni dell'assente. In fatti, secondo l'art. 132 [138], è questo il solo diritto che avrebbe lo stesso assente, se fosse ritornato; or, è chiaro che i suoi eredi non possono avere un diritto maggiore di quello che avrebbe avuto egli medesimo.

III. — Quel che dice il nostro articolo intorno agli eredi legittimi si applica senza dubbio egualmente ai suoi eredi testamentari, o per meglio dire ai suoi legatari. Se dunque, giugnendo la notizia della morte dell'assente, si scoprisse un testamento col quale si chiamasse questi o quegli alla sua successione, è chiaro che tali legatari, o, se costoro fossero morti, i loro rappresentanti, validamente reclamerebbero i beni, purchè, se i legatari fossero sopravvissuti al testatore, altrimenti il legato sarebbe nullo, e se che non ancora fossero scorsi i trent'anni dal dì della morte dell'assente.

IV. — Al n° VII, dell'art. 120 [126] (1), abbiamo veduto che il diritto di chiedere la immissione in possesso de' beni dell'assente si prescrive col termine di trent'anni dal dì della dichiarazione d'assenza; e nel n° II del nostro art. 130 [136] (2), abbiamo detto che il diritto di reclamare la successione dell'assente si prescrive del pari col termine di trent'anni ma computabili dal dì della morte dell'assente. Ciascuna dunque di queste due prescrizioni è differente dall'altra, e potrebbero compiere senza che l'altra lo fosse; di tal che l'avente diritto potrebbe essere ancora in grado di esercitare una delle due azioni, quantunque gli fosse impossibile di promuovere l'altra.

Così, nel 1821 si dichiara assente un individuo che ha due parenti, Paolo, suo nipote, e Luigi, suo cugino. La immissione provvisoria in possesso spettava a Paolo; ma egli ha ignorato quel che avveniva, Luigi ha ottenuta tale immissione, e si giugne, rimanendo le cose in sì fatto stato, fino al 1850. Paolo non potrà più dimandare la immissione in possesso, essendosene prescritto il di-

ritto. Ma ciò non gli vieterà, se più tardi sappia la morte dell'assente, avvenuta posteriormente al 1820, nel 1825 per esempio, d'agire, in forza del nostro articolo, per farsi restituire i beni che componevano la successione, purchè non faccia decorrere trent'anni dal dì della morte, vale a dire purchè egli intenda la sua azione prima del 1855.

Il caso reciproco potrebbe egualmente aver luogo.

V. — Coloro che si presentano, in virtù del nostro articolo, come eredi i più prossimi nel dì della morte, non potranno agire contro tutti gli immessi in possesso, qualunque essi sieno. Così, non potranno chiedere i beni posseduti presentemente da un donatario gravato di restituzione nel caso di premorienza dell'assente, nè l'usufrutto del quale ha goduto il semplice proprietario d'un immobile di cui l'assente era l'usufruttuario. È chiaro, in fatti, che per effetto della morte dell'assente, questi diversi aventi diritto ne sono addivenuti proprietari irrevocabili da semplici possessori che agivano erano.

Essi potranno agire qualche volta, ma non sempre, contro i rappresentanti del coniuge del loro autore relativamente a ciò che spetta a quest'ultimo per diritti di sopravvivenza; il che ha luogo quando l'assente anzichè esser premorto al coniuge rimasto presente gli abbia sopravvissuto; allora avranno altresì il diritto di reclamare da rappresentanti di siffatto coniuge que' diritti di sopravvivenza che si potrebbero trovar stipulati a pro del loro autore. Possono del pari agire contro i rappresentanti de' legatari, ma nel solo caso che costoro fossero morti prima dell'assente.

E però, coloro che si erano appropriati dei beni dell'assente a titolo d'eredità legittimi, o pure i loro rappresentanti, sono i soli contro de' quali si può agire senza distinzione ed in tutti i casi da coloro che invocano l'art. 130 [136].

131 [137]. — Se pendente la provvisoria immissione in possesso ricomparisca l'assente o resti provata la sua esistenza, cesseranno gli effetti del giudicato dichiarativo dell'assenza, salve, se vi sia luogo, le cautele conservative prescritte per l'amministrazione de' suoi beni nel capo primo del presente titolo.

SOMMARIO.

- I. L'assente ha termine col ritorno dell'assente; le semplici notizie dopo fin all'assente dichiarata, ma possono far rinascere l'assenza presente.
- II. Se le notizie fossero d'una data molto remota, secondo come rimangono di non vigore la dichiarazione di assenza, permetterebbero di dimandarne sotto una novella dichiarazione.

(1) Vedi la nota (1) pag. 426. (Nota del traduttore.)

(2) Vedi la nota (1) p. 222. (Nota del traduttore.)

III. *L'assenza dichiarata finisce sempre d'aver luogo per effetto di notizio, per quanto tardi d'ingressare o remota fosse la loro data, ancorchè si fatta data non fosse anteriore di cinque ad undici anni, secondo i casi, alla dichiarazione di assenza.*

I. — Quel che il nostro articolo dice relativamente alla provvisoria immissione in possesso, si applicherà del pari senza dubbio alla immissione in definitiva possesso. Era mestieri, come dimostreremo fra poco, dei due articoli 131 e 132 [137 e 138] farne un solo.

Dal momento che si ha la prova dell'esistenza dell'assente sia mediante il suo ritorno, sia semplicemente per effetto di notizie che si ricevono di lui, ha termine l'assenza propriamente detta; ma avvi intanto una differenza, tra l'assente che ritorni, o che soltanto si oda parlare di lui. Nel primo caso, non vi ha più nè assenza dichiarata, nè assenza presunta, e non può essere applicata alcuna disposizione del nostro titolo. Al contrario, se si sono soltanto ricevute notizie dell'assente senza che poco dopo avvenga il suo ritorno, o che tali notizie siano di già, allorchè si ricevano, d'una data remota, in questo caso finisce l'assenza propriamente detta; ma siccome vi è tuttavia incertezza sull'esistenza attuale dell'assente, la presunzione d'assenza torna ad aver luogo, e se l'amministrazione de' suoi beni ne soffre, vi è luogo ad invocare agli art. 112 e 113 [118 e 119] (1). Che se poi un nuovo periodo di anni quattro scorra dal dì di si fatte notizie (dal dì, non dell'arrivo delle notizie, ma della loro data, come si è detto al n.° III. dell'art. 115 [121]), si ricade, ed è chiaro, nel caso preveduto dall'art. 115 [121], e può dimandarsi una novella dichiarazione di assenza, secondo le regole che sono state spiegate nel capo 2.

È chiaro del pari che se l'assente, dando di sé notizie, nominasse un mandatario il quale s'incaricasse dell'amministrazione de' beni, il tribunale ai termini dell'art. 112 [118], non dovrebbe più occuparsi di questa amministrazione, ed inoltre, secondo l'art. 121 [127] (2), una seconda dichiarazione di assenza non potrebbe chiedere che dopo un periodo di dieci anni dal dì della data di tali notizie.

II. — Da quel che abbiamo detto, cioè che non bisogna attenersi al tempo dell'arrivo delle notizie, ma a quello della loro data, ne segue che le notizie giunte dopo la dichiarazione di assenza potrebbero, facendo cessare gli effetti di questa prima dichiarazione, permettere di domandarne immediatamente una seconda. Perché ciò abbia luogo, sarebbe sufficiente che tali notizie, al tempo del loro

giugnere, contassero già una data di anni quattro (o dieci anni nel caso che contenessero la nomina d'un mandatario). Così, Paolo è stato dichiarato assente nel 1820, poscia in giugno 1823 si ricevono sue notizie, con le quali non sceglie alcun procuratore, e rimontano al mese di aprile 1819. Cessano gli effetti dell'assenza dichiarata nel 1820; ma siccome è certo, non già che l'assente esista ancora, ma soltanto che esisteva nel mese di aprile 1819, vale a dire quattro anni dietro, perciò si offre il caso preveduto dall'art. 115 [121] e si può dimandare immanenti una novella dichiarazione di assenza, la quale potrà essere pronunziata dopo le indagini e le altre formalità prescritte dal capitolo 2. Se poi con le notizie del 1819 l'assente avesse scelto un mandatario, bisognerebbe attendere fino al 1829, vale a dire che dal giorno dell'arrivo, che fissiamo nel 1823, dovrebbero scorrere sei anni di presunzione di assenza prima di poterne dimandare la dichiarazione.

III. — Gli effetti della dichiarazione di assenza, salvo la possibilità d'ottenere immediatamente una novella dichiarazione, cessano tosto che si abbiano notizie, in qualunque tempo esse pervengano, e qualunque sia l'epoca alla quale risalgono nel momento che si ricevono.

Così, nel 1810, un individuo sparisce; nel 1814, suo uginio ha dimandata la dichiarazione di assenza, che gli si è accordata nel 1815; nel 1845 si pronunzia l'immissione definitiva in possesso. A capo di cinque anni, nel 1850, un nipote dell'assente, che forse era partito seco, ritorna. Costui ignora se suo zio vive ancora, ma dimostra che esisteva, nel tal paese, nel 1825, dieci anni dopo la dichiarazione di assenza. Siffatta dichiarazione non può produrre più i suoi effetti, poichè si hanno notizie posteriori di data imperocchè lo abbiamo detto, è necessario attenersi alla data) e la dichiarazione, secondo gli art. 115 e 121 [121 e 127] è soltanto efficace, allorchè essa è stata dimandata dopo quattro o dieci anni dal dì della sparizione o delle ultime notizie. Or, in questo caso, le ultime notizie risalgono al 1825; dunque da quest'epoca ricomincia l'incertezza intorno all'esistenza dell'individuo. Da tal momento, per conseguenza, ricomincia una nuova presunzione d'assenza, la quale, non essendo seguita da una dichiarazione d'assenza, ha continuato, come semplice presunzione, fino alla manifestazione de' raggiugli avuti nel 1850, vale a dire pel corso di vent'anni. Decsi dunque, riconoscendo tutti

(1) Vedi la nota (2) pag. 180. (Nota del traduttore.)

(2) Vedi la nota (1) pag. 188. (Nota del traduttore.)

gli effetti che la dichiarazione d'assenza ha anteriormente prodotti, non concedergliene di nuovi, epperò una seconda dichiarazione dovrà esser dimandata; la quale quando sarà stata pronunziata, darà luogo ad una novella immissione in possesso provvisoria, non già a pro del cugino dell'assente che aveva ottenuta la definitiva immissione in possesso in forza della prima assenza, ma a vantaggio di suo nipote che è l'erede più prossimo alla data delle ultime notizie. A costui, il cugino che aveva avuta l'immissione definitiva in possesso dovrà restituire i beni, solo però, conformemente all'art. 132 [138], nello stato in cui si trovano.

Avverrebbe lo stesso, vale a dire che egualmente farebbe mestieri di una nuova dichiarazione di assenza, anche quando l'epoca alla quale risale la certezza dell'esistenza dell'assente fosse anteriore alla prima dichiarazione. Così nella nostra ipotesi, in cui l'assenza era stata dichiarata nel 1815, sarebbe uopo d'una novella dichiarazione pel solo fatto che si verrebbe a provare che l'assente esisteva tuttavia nel 1814, 1813 o 1812. La ragione ne è che la dichiarazione di assenza, come già lo abbiamo detto, è regolare, legale e può produrre i suoi effetti, solo quando apparisce preceduta da cinque od undici anni d'incertezza sull'esistenza dell'assente.

Art. 138. — Se l'assente ricompare, ovvero se la sua esistenza è provata, anche dopo la definitiva immissione in possesso, egli ricupererà i suoi beni nello stato in cui si troveranno; il prezzo di quelli che fossero stati venduti; ovvero i beni provenienti dall'impiego che fosse stato fatto del prezzo de' suoi beni venduti.

SOMMARIO.

- I. Di questo articolo e del precedente sarebbe dovuto farne un solo.
- II. L'articolo si applica non solo al caso del ritorno dell'assente o della prova della sua esistenza, ma soltanto nel caso in cui egli non ha luogo a restituzione de' beni durante la difficoltà imminente la possesso.
- III. Fin dove si estende il nostro articolo. — Natura della proprietà degli immessi in possesso. — Il principio che regola questa materia è che quando ha luogo la restituzione, 1° rimangono validi tutti gli atti di disposizione degli immessi; 2° che costoro non possono arricchirsi in danno dell'assente o de' suoi rappresentanti.
- IV. Conseguenze: l'impresso in possesso costituisce le azioni di nullità; i beni acquistati con permessa; quelli comprati col prezzo della vendita; la eredità devoluta nel medesimo modo, ed anche la somma di denaro che costituisce il prezzo, se questa somma fosse esistente.
- V. L'impresso in possesso, secondo le circostanze, potrebbe pure essere obbligato a pagare il valore de' beni dell'assente e di lui dovuti.

I. — Abbiamo detto che nel caso preveduto dal presente articolo, vale a dire in quello di definitiva immissione in possesso, era applicabile la disposizione dell'articolo prece-

Marcadé T. I.

dente. Egli è ben chiaro in fatti che cessano gli effetti della dichiarazione d'assenza quando l'assente ricompare, o provasi la sua esistenza, durante l'immissione definitiva in possesso; salvo ad applicare gli articoli 112 e 113 [118 e 119] nel caso che si ricada nella presunzione di assenza.

Bisognava dunque riunire questi due articoli in un solo, e dire: « Se l'assente ricompare o rimane provata la sua esistenza, sia durante la provvisoria immissione in possesso o l'amministrazione legale, sia durante la definitiva immissione, gli effetti della sentenza, ecc. Se la prova della sua esistenza giugne nel corso della definitiva immissione, i beni si restituiranno nello stato in cui si troveranno; ma se giunge prima, saranno restituiti tutti tali quali li ha lasciati. »

Di fatti, come spesso ci si è offerta l'occasione di dirlo, e come chiaramente lo dimostra il nostro articolo, la definitiva immissione in possesso ha per effetto di rendere gli immessi in possesso proprietari de' beni, a condizione che provandosi l'esistenza dell'assente, o, in un modo più generale, in caso di restituzione da farsi dagli immessi definitivamente in possesso, la loro proprietà va risolta per tutto ciò che i medesimi si troveranno di possedere.

II. — Diciamo che il nostro articolo si applicherà non solo se l'assente ricompare o se si prova la sua esistenza, ma anche se, per qualsiasi causa, avrà luogo alla restituzione de' beni. In fatti, bisogna ravvicinare a questo articolo la disposizione dell'art. 130 [136] (1), il quale prescrive, come abbiamo veduto, che a qualsiasi epoca si abbia la notizia della morte dell'assente, morte avvenuta anche a qualsiasi epoca (purchè non prima di trent'anni dal momento di cui si tratta, nel quale caso vi sarebbe prescrizione) colui che avrà goduto de' beni dell'assente sia tenuto di restituirli a coloro (od ai rappresentanti di coloro) che erano eredi di questo assente nel giorno della sua morte. Bisogna del pari ravvicinare al nostro art. 132 l'articolo seguente, il quale concede ai figli dell'assente il diritto di chiedere la restituzione de' beni, come l'assente medesimo, a condizione però che agissero ne' trent'anni dal della definitiva immissione in possesso.

E però, l'assente in persona potrà dimandare la restituzione de' beni in qualsivoglia tempo, perchè contro di lui non si può prescrivere, come lo abbiamo veduto nell'art. 128 n. IV [131]; rispetto ai suoi eredi, bisogna distinguere: costoro o agiscono, come

(1) Vedi la nota (1) pag. 222 (Nota del traduttore).

osserveremo nell'articolo seguente, con la caratteristica di eredi *reali*, in forza dell'art. 130 [136] e ne dimostrano la morte, ed in questo caso la loro azione dev'essere intesa ne' trent'anni da questa morte; ovvero agiscono, come eredi *presuntivi*, per rivendicare soltanto il possesso da coloro che lo avevano ottenuto, ed in questo caso, se sono parenti ma non discendenti diretti, debbono agire, secondo le regole ordinarie, ne' trent'anni dal dì in cui è cominciato il loro diritto di chiedere sì fatto possesso, vale a dire dopo la dichiarazione d'assenza; se poi sono discendenti, possono, in forza del privilegio loro accordato dall'art. 133 [139], agire ancora durante i trent'anni dal dì della definitiva immissione in possesso, quand'anco si fosse compiuta la prescrizione nel tempo in cui introducono il giudizio.

III. — Vuolsi ora appieno comprendere qual è, nel nostro articolo, l'idea del legislatore.

Da una parte, il legislatore non voleva nè potea, nell'interesse generale, lasciare indeterminatamente nell'incertezza ed in sospeso il diritto di proprietà; il perchè egli concede ai possessori, durante la definitiva immissione in possesso, il diritto di disporre validamente de' beni dell'assente. Dall'altra, siccome questo diritto fondasi su d'una presunzione, esso cesserà d'aver luogo innanzi ad un fatto contrario; il perchè svanirà il diritto di proprietà degl'immissi in possesso, se si dimostrerà che i beni realmente non spettavano loro, ma svanirà pel tempo avvenire, e tutto ciò che si è fatto precedentemente rimarrà valido. L'assente o chiunque altro, al quale sarà fatta la restituzione, riprenderà i beni, ma *nello stato in cui si troveranno*, e senza poter molestare alcun acquirente, sia a titolo oneroso, sia pure a titolo gratuito.

Non pertanto, il diritto dell'assente o del suo vero rappresentante non si limita alla facoltà di riprendere solamente i beni che esistono *in natura* tra le mani dell'impresso in possesso; può chiedere inoltre il prezzo dei beni venduti, se l'impresso in possesso lo ha ancora, o in fine i beni acquistati con tale prezzo. E però, gl'immissi in possesso debbono restituire tutto ciò che hanno, sia de' beni dell'assente, sia di ciò che proviene direttamente dall'alienazione di tali beni.

Il principio cui si può ridurre si fatta disposizione è dunque, da una parte, che tutto ciò che è stato praticato degl'immissi in possesso è valido e tale rimane; dall'altra, che costoro non debbono arricchirsi a danno d'individui che egliino riconoscono ora per i veri proprietari.

IV. — Dal che evidentemente conseguita che se l'impresso in possesso aveva qualche

azione di nullità o di rescissione, mediante la quale avesse potuto recuperare beni alienati, sì fatta azione ritornerebbe all'assente od ai suoi rappresentanti; che i beni acquistati dall'impresso in possesso per via di permuta con altri beni dell'assente, appartengono del pari a quest'ultimo; e così ancora quelli comprati col denaro proveniente dalla vendita di un immobile, purchè costi che l'acquisto veramente siasi fatto con quel danaro. Così, un immesso in possesso ha venduto un fondo dell'assente, per 25,000 fr., con atto innanzi notajo al quale ha commesso di riscuotere il prezzo, per comprargli, con questo prezzo, una proprietà che meglio convenisse ai suoi interessi; il che si è eseguito. Questo novello immobile appartiene all'assente. Similmente, se i 25,000 fr. provenienti dalla vendita del mentovato immobile dell'assente sonosi impiegati subito dopo il pagamento, sia dal notajo per ordine dell'impresso in possesso, sia direttamente da costui, in acquisto di rendite iscritte, tali rendite appartengono pure all'assente.

Poco monta, in questi vari casi, che gl'immobili o le rendite comprate abbiano, dopo l'acquisto, aumentato o diminuito in valore, essi apparterranno all'assente qualunque sia il valore che si troveranno di avere. Essi rappresentano e stanno in luogo della sua proprietà; dee dunque riceverli nello stato in cui si trovano, come praticherebbe della proprietà sua. Se poi una somma di danaro, proveniente dalla vendita di un fondo dell'assente, è stata depositata, appena seguito il pagamento, presso un banchiere, e questi sia fallito, la perdita, è evidente del pari, sarà sofferta dall'assente.

Non sarebbe egualmente agevole il decidere se 40, 50 o 60,000 fr. di beni dell'assente essendo stati alienati in un tempo molto remoto e l'impresso in possesso si trovasse padrone, all'epoca in cui ha luogo la restituzione, di una somma di 100,000 fr. o più in numorario, nella quale l'assente pretendesse voler trovare i 60,000 fr. provenienti dalla vendita de' suoi beni, mentre l'impresso in possesso sostenesse essersi quel prezzo perduto, distratto, e derivare da altre sorgenti il contante di cui ora egli è padrone. Bisognerebbe in questo caso prendere in considerazione le circostanze, e decidere secondo le dichiarazioni e gl'indizj somministrati così dall'impresso in possesso come dall'assente.

V. — L'assente avrebbe qualche azione di ripetizione ad intentare contro l'impresso in possesso per le donazioni de' suoi beni fatte da costui?

Sembra da prima che dovrebbe risponder negativamente per ogni caso, poichè una donazione non procaccia alcun utile n

colui che l'ha fatta e però l'impresso in possesso donante non ha potuto arricchirsi a spese dell'assente. Nulladimeno non interviene sempre così. Arvi talune donazioni le quali dall'impresso in possesso si sarebbero sempre fatte, quand'anche non avesse fruito delle rendite de' beni dell'assente e non avesse posseduto che le sole sue proprietà particolari. Suppongasì un padre il quale abbia un patrimonio suo proprio del valore di 200,000 fr. ed altri beni pertinenti all'assente di egual valore. Egli maritando la sua unica figliuola, le dona, in dote, un immobile dell'assente, del valore di 30,000 fr. Non è egli chiaro che avrebbe egualmente fatta tal donazione, quand'anco avesse posseduto semplicemente i suoi proprî beni? Se egli ha donato un fondo dell'assente, lo ha fatto perchè forse stimava questo fondo più vantaggioso; ma se non lo avesse avuto, ne avrebbe donato uno de' suoi. L'assente dunque potrà dirgli con ragione: « *Eo locupletior factus es, quantum propriae pecuniae pepericisti*. Pagatemi dunque 30,000 fr., valore del mio immobile, ed il risultamento sarà perfettamente lo stesso che se voi aveste sborsato sì fatta somma per comprare il mio immobile e donarlo alla vostra figliuola, la, che certamente non avreste maritata senza dotarla ».

Stimiamo inutile dire che non sempre le cose si offrono sotto un aspetto sì piano. Se questo padre, a mo' d'esempio, con 200,000 fr. di beni dell'assente, avesse avuto un patrimonio di 25 o 30,000 fr., e ne avesse donato 50,000 alla sua figliuola, è evidente che non gli si potrebbe più tenere il medesimo linguaggio. A sua figlia non avrebbe donato una dote di 50,000 fr., se ne possedeva soli 25,000.

Dunque si fatte quistioni ed altre simili potranno solo decidersi secondo le circostanze. Il principio però cui sempre bisognerà attenersi, come precedentemente abbiamo detto, è che l'impresso in possesso non deesi arricchire a danno dell'assente; ma non bisogna neppure, reciprocamente, che l'immissione in possesso sia per lui una insidia la quale, mediante la restituzione a farsi, lo renda più povero di quel che sarebbe stato senza una tale immissione in possesso.

▲ 133 [139]. — I figli e discendenti in linea retta dell'assente potranno egualmente entro i trent'anni, computabili dal giorno della definitiva immissione in possesso, domandare la restituzione de' suoi beni, come è disposto nell'articolo precedente.

SOMMARIO.

- I. Nel caso di questo articolo i figli reclamano il semplice possesso e non la proprietà de' beni.
- II. Tale disposizione è un privilegio che dalla legge si concede, derogando ai principi, ai soli discendenti dell'assente. — Rispetto alla petizione di eredità, come si considerano come ogni altro erede.
- III. Epteghe delle spiegazioni date ne' due articoli precedenti. Rinvio ad una spiegazione dell'art. 129 (132).
- IV. Arvi un caso in cui il possesso de' beni potrebbe esser tolto agli immissi in possesso, quand'anco fossero ancora più di trent'anni dal giorno della definitiva immissione.
- V. Tale azione de' figli, di reclamare la successione, può intentarsi o contro gli immissi in possesso a titolo d'eredità, od i loro rappresentanti, ed anche in un caso particolare, contro i soli rappresentanti de' legatari.
- VI. Il termine privilegiato accordato dal nostro articolo non costituisce una prescrizione. Conseguenza.

I. — Questo articolo presenta una disposizione molto semplice e facile ad intendersi, purchè non si confondano, come fanno molti interpreti del Codice, due cose differentissime, due azioni che non hanno nulla di comune tra loro.

Due azioni possono competere agli eredi più prossimi dell'assente contro coloro, più lontani, che detengono indebitamente i di lui beni in qualità d'immissi in possesso. L'una ha per obbietto il solo possesso di questi beni, e spetta, in forza dell'art. 120 (126), agli eredi *presuntivi* del giorno in cui cessò di farsi vedere o delle ultime notizie, e si prescrive col decorrimiento di trent'anni dal dì della dichiarazione di assenza. L'altra, la petizione di eredità, ha per obbietto la *proprietà* de' beni, ed appartiene, in virtù dell'art. 130 [136], agli eredi *reali* del giorno in cui si è verificata la morte, e si prescrive col decorrimiento di trent'anni dal dì di questa morte, salvo, ben inteso, nell'uno e nell'altro caso, le sospensioni di prescrizione (art. 2352 [2158]). La prima di tali azioni, quella onde si reclama, in forza dell'art. 120 [126], il semplice possesso de' beni dell'assente, contro coloro che indebitamente lo hanno ottenuto, s'intenta sempre durante l'assenza; l'altra, all'opposto, la petizione di eredità, che si esercita in virtù dell'art. 130 [136], può intentarsi solo dopo finita l'assenza, poichè si fonda sulla morte verificata dell'assente, e l'assenza non è altro che l'incertezza sulla vita o la morte.

Or, il nostro articolo non si occupa per nulla della petizione d'eredità, ma solo della domanda di possesso de' beni. Ond'è che per nulla trattasi, in questo articolo, della morte verificata dell'assente.

II. — Precisiamo, pertanto, l'effetto del nostro articolo.

Se quest'articolo non esisteva nel Codice, i figli e discendenti dell'assente, come ogni altro erede, per togliere il possesso de' beni a coloro che indebitamente lo avessero ottenuto, potrebbero agire solo nel caso che il

loro diritto di chiederlo non si fosse prescritto col decorrimiento di trent'anni, siccome si è detto all'art. 120 [126], n. VII. Così, suppongasì che nel 1810 sia scomparso un individuo il cui figlio era anch'egli assente; nel 1815 l'assenza è dichiarata, ed alcuni collaterali ottengono la provvisoria immissione in possesso. I medesimi parenti, dopo trent'anni, vale a dire nel 1815, fanno pronunziare la definitiva immissione in possesso. In seguito il figlio dell'assente ritorna, e vuole ottenere il possesso de' beni di suo padre: ebbene, egli non potrebbe conseguirlo secondo i principii generali; imperocchè sono scorsi più di trent'anni dal dì che si è aperto l'adito al diritto di dimandare il fatto possesso, e per conseguenza avvi prescrizione. Or, secondo il nostro articolo, il quale su questo punto deroga ai principii generali in favore de' discendenti, il figlio conseguirà il possesso, purchè soltanto non siano trascorsi trent'anni dalla definitiva immissione in possesso.

La disposizione del nostro articolo è dunque un beneficio del tutto particolare conceduto ai soli discendenti dell'assente, ed in virtù del quale possono costoro ottenere il possesso de' beni del loro ascendente, quante volte dalla definitiva immissione in possesso non sieno scorsi trent'anni, e malgrado che ne sieno scorsi trentacinque, quarantacinque o più dalla dichiarazione d'assenza. Ma, lo ripetiamo, quest'articolo punto non si occupa della petizione di eredità, la quale rimane sommersa alle regole ordinarie, e non potrebbe essere intentata, tanto da figli quanto da ogni altro, che ne trent'anni dal dì della morte verificata.

III — Per epilogare le cose dette ne' due numeri precedenti, diciamo:

Gli eredi presuntivi, diversi da discendenti dell'assente, possono esercitare l'azione di reclamare il possesso de' beni di costui, contro coloro che indebitamente lo hanno ottenuto, durante il corso di trent'anni dal dì della dichiarazione di assenza; ma da soli discendenti dell'assente può intentarsi fino al termine di trent'anni dopo la definitiva immissione in possesso. L'azione di petizione di eredità, la quale può solo intentarsi nel caso che siasi verificata la morte, e, per conseguenza, dopo la cessazione dell'assenza, non può esercitarsi, tanto da discendenti quanto da collaterali, che ne trent'anni dal dì della morte; e può esserlo sempre durante questi trent'anni, in qualunque epoca avvenisse la morte.

È chiaro, dalle spiegazioni che precedono, che noi abbiamo avuto ragione di dire, sotto l'art. 129 (135), n. VIII, che in due soli modi cessa la definitiva immissione in possesso:

1° mercè la prova dell'esistenza dell'assente; 2° mercè la prova della sua morte; e che l'apparimento di figli dell'assente non era un terzo modo di farla cessare.

In fatti, o questi figli domanderanno la proprietà de' beni in virtù dell'art. 130 [136], provando la morte del loro genitore, ed è questo precisamente il secondo modo onde termina la definitiva immissione in possesso: o agiranno, sia in forza del nostro articolo, sia in forza dell'art. 120 [126], senza dimostrare d'essere trapassato il loro genitore, e per chiedere soltanto il possesso, ed allora la definitiva immissione in possesso non cessa, ma solo si tramuta in altri immissi. Imperocchè i figli, in questo caso, non sono incommutabili proprietari, ma semplici possessori, come lo erano gli altri immessi in possesso, e se il loro genitore, che è sempre assente, poichè non è provata nè la sua morte nè la sua esistenza, ritornasse, egliino gli restituirebbero i suoi beni nello stato in cui si troverebbero, come si sarebbe praticato dagli altri immessi in possesso.

IV. — Abbiamo già osservato, sotto l'articolo 131 [137], n. II, che se nel corso dell'assenza, tanto durante la provvisoria immissione in possesso, quanto la definitiva, si ricevano indizj che provino l'esistenza dell'assente in un'epoca remotissima, fin dal loro giugnimento cessa l'assenza, poichè si hanno notizie; ma non cessa che per dar luogo ad una novella assenza, poichè l'esistenza risale ad un'epoca già lontanissima, dopo la quale avvi di nuovo incertezza; di tal che offresi l'identico caso preveduto dall'art. 115 (121).

Or, si comprende che si fatta particolarità potrebbe dar luogo, contro gl' immessi in possesso, ad una dimanda di restituzione, quand'anco fossero scorsi trent'anni dal dì della definitiva immissione in possesso.

Così, un individuo è partito nel 1810; la dichiarazione di assenza si è pronunziata nel 1815, e la definitiva immissione in possesso nel 1815. A capo di quarant'anni, nel 1855, ritorna in Francia un figlio che l'assente ha avuto durante la sua assenza. Questo figlio, ignorando egli stesso se suo padre, dal quale si è diviso da lungo tempo e che sperava incontrare in Francia, viva tuttora o pur no, proverà sempre ch'egli era vivo, venticinque anni innanzi, nel 1860. La dichiarazione di assenza del 1815 non può dunque produrre più alcun effetto; ha termine la prima assenza. Esiste però, nel medesimo tempo, una presunzione di assenza che ha avuto principio dall'epoca alla quale risale l'esistenza provata, vale a dire dopo venticinque anni. Si può dunque dimandare una novella dichiarazione ed una nuova im-

missione in possesso (provvisoria soltanto, quanto al presente). Tale immissione in possesso sarà concessa all'erede più prossimo al momento delle ultime notizie (art. 120 [126]), vale a dire al momento in cui è certo che l'assente esisteva, per conseguenza al figlio, al quale colui che aveva ottenuta l'immissione definitiva in possesso, od il suo rappresentante, dovrà restituire i beni. Erano intanto scorsi quarant'anni da che tale definitiva immissione in possesso erasi pronunciata... Se questo figlio poi, in vece dell'esistenza di suo padre, provasse costui esser morto nel 1860, egli potrebbe allora esercitare, contro gl'immessi definitivamente in possesso, l'azione di petizione di eredità, in forza dell'art. 130 [136], poichè la sua azione, che noi supponiamo esercitata nel 1885, s'intenterebbe nel corso di trent'anni dal dì della morte.

E chiaro dunque, che quand'anco dalla definitiva immissione in possesso fossero scorsi più di trent'anni, gl'immessi non sarebbero al sicuro da un'azione di restituzione del possesso o da un'azione di petizione di eredità.

Del resto, e ben inteso, affinché i figli che in tal modo intenterebbero giudizio dopo più di trent'anni dalla definitiva immissione in possesso, agissero efficacemente, bisognerebbe che nel momento in cui si fanno ad esercitare la loro azione non fossero scorsi trent'anni dal dì in cui avrebbero potuto dimandare una novella dichiarazione d'assenza; imperocchè in questo caso il loro diritto si sarebbe prescritto. In fatti, eglino non potrebbero allora agire nè in forza dei principii ordinari, poichè vi sarebbe prescrizione di trent'anni; nè in virtù del privilegio del nostro articolo, poichè sarebbero scorsi più di trent'anni dalla definitiva immissione in possesso.

V. — E uopo far qui un'osservazione simile a quella che abbiamo fatta sotto il n° V dell'art. 130 [136], e che, al pari di questa, è una conseguenza di ciò che si è detto nell'art. 123 [129], n° VII; val dire, che quando i discendenti dell'assente vorranno, durante l'immissione definitiva in possesso, intentare giudizio contro coloro che hanno il possesso, per toglierlo, la loro azione non potrà avere per oggetto que'beni dell'assente posseduti da donatari, donanti con clausola di reversibilità, o nudi proprietari. In fatti tale azione di reclamare il possesso non ha giammai luogo, come lo abbiamo fatto notare nel precedente n° III, se non durante l'assenza; or, fintantochè avvi assenza,

gl'immessi in possesso di cui qui parliamo, od i loro rappresentanti, non possono essere costretti alla restituzione de'beni; per un solo motivo può cessare il loro possesso, ed è la prova dell'esistenza attuale dell'assente. La dimanda di possesso si dirigerà invece utilmente contro coloro che posseggono i beni dell'assente a titolo d'eredi presuntivi, o come rappresentanti di costoro, perchè si fatti possessori sono carenti di diritto dal momento che si presentano altri eredi più prossimi di loro e che trovansi ancora in termine utile per agire.

Tale azione non si potrà giammai dirigere contro i legatari; ma potrà esserlo qualche volta contro i loro rappresentanti. Ciò ha luogo allorchè la prima assenza avendo termine per effetto della prova somministrata dell'esistenza dell'assente in un'epoca più o meno remota, si troverà che i legatari, i cui rappresentanti hanno il possesso, erano morti all'epoca in cui l'assente vivea ancora. In questo caso, in fatti, il legato non ha potuto aver luogo in loro vantaggio, essendo nullo il testamento per la sopravvivenza del testatore ai legatari.

VI. — Quel che abbiamo detto, in fine del n° IV, che i discendenti dell'assente decadrebbero assolutamente dal beneficio del nostro articolo, appena scorsi trent'anni dalla definitiva immissione in possesso, indica che noi non consideriamo come una prescrizione il periodo di trent'anni di cui qui trattasi. Una prescrizione, in fatti, potrebbe essere sospesa dalla minorità od interruzione di questi discendenti, e potrebbe, in taluni casi, loro permettere ancora di agire dopo il termine de'trent'anni.

Secondo noi, questo periodo di trent'anni è un termine prefisso ed invariabile che non può aumentarsi. In fatti, la disposizione del nostro articolo, come abbiamo veduto, è del tutto eccezionale, e stabilita in opposizione de'principii; il termine che essa accorda al figlio, glielo dà per soprappiù della prescrizione ordinaria; or, un'eccezione non deesi giammai estendere oltre i suoi limiti; e, però non si può concedere al figlio, a causa di questa o quella circostanza, il termine di trentaquattro, trentasei o quarant'anni, allorchè la legge non gliene dà che trenta (1).

134 [140]. — Dopo la sentenza di dichiarazione di assenza, chiunque avrà ragioni esercitabili contro l'assente, non potrà sperimentarle che contro coloro i quali saranno stati messi in possesso de'beni, o che ne avranno la legale amministrazione.

(1) *Conf.* Delvincourt, Preudhon (I, p. 335), Duranton (I, 513), Talandier (p. 235); *contr.*

Toullier (I, 435), de Moly (n. 690), Zachariae (I, 310), Plasmán (I, p. 249), Valette (I, p. 335).

SOMMARIO.

- I. I diritti e le azioni che competono contro l'assente si esercitano contro gli immissi in possesso; reciprocamente, gli immissi in possesso promuovono quelle spettanti all'assente.
- II. Prima della dichiarazione di assenza bisogna procedere contro l'assente.
- III. Gli immissi provvisoriamente in possesso, non avendo il carattere di eredi reali, non sono tenuti a soddisfare i debiti ultra vires.
- IV. I beni d'un assente sono prescritti. Provvisoriamente, la prescrizione di questi beni si presume decorrere contro gli immissi in possesso; ma se la seguito si dimostra che l'assente viveva, dessa realmente decorre contro di lui.

I. — Gli immissi in possesso ed il coniuge presente che ha ottato per la continuazione della comunione, sono i rappresentanti dell'assente e gli amministratori de' suoi beni. Per conseguenza tutti coloro che hanno diritti a sperimentare contro l'assente debbono dirigersi contro di essi; come del pari essi agiranno, in nome dell'assente, per sperimentare i diritti che costui avesse a promuovere.

Dunque, abbenchè il nostro articolo non parli che del diritto di *convenire* quanto alle azioni, è chiaro che gli immissi in possesso o l'amministratore legale hanno egualmente il diritto d'*intentare* ogni sorta di azione competente all'assente. Ne rinveniamo la prova nell'art. 817 [736] il quale dice: « L'azione per la divisione, rispetto ai coeredi minori ed interdetti, può essere promossa da' loro tutori, a ciò specialmente autorizzati da un consiglio di famiglia; riguardo ai coeredi assenti l'azione spetta ai » *parenti che sono stati messi in possesso* ».

II. — Durante la semplice presunzione di assenza, bisogna procedere contro l'assente medesimo. Un atto sarà validamente notificato, allorchè la copia sarà stata rilasciata nel suo ultimo domicilio, e se questo domicilio non fosse conosciuto, una copia sarà consegnata al procuratore della repubblica, e l'altra affissa alla porta di udienza del tribunale, conformemente all'art. 69, n° 8, [164, n° 8] del codice di procedura. Sepoi il tribunale, come lo può in forza dell'art. 112 [118], avesse nominato un curatore incaricato d'amministrare tutti i beni del presunto assente e di rappresentarlo, è chiaro in questo caso che bisognerebbe agire contro tale curatore.

III. — Dal perchè gli eredi presuntivi dell'assente, immissi nel possesso de' suoi beni, rappresentano questo assente, bisogna forse conchiudere che essi saranno tenuti, come lo sono gli eredi puri e semplici d'un defunto, a soddisfare i debiti di tale assente *ultra vires successionis*, di tal che avendo ricevuto, per esempio, 50,000 fr. di beni, sarebbero obbligati, se vi fossero 60,000 fr. di debiti, a pagarli interamente e co' loro

propri beni? No; gli immissi in possesso non hanno ancora il carattere nè il titolo d'eredità reali; sono soltanto eredi presuntivi; non sono proprietari, ma semplici possessori. Non si può dunque in essi supporre, come ragionevolmente si pratica per colui che puramente e semplicemente accetta una successione, la volontà di soddisfare, anche oltre il valore de' beni, tutte le obbligazioni dell'assente. Se tale fosse stata l'idea del legislatore, egli certamente avrebbe indicato pel caso di assenza, come per quello di successione, un mezzo di evitare si fatto risultamento, un beneficio d'inventario, mediante il quale si potesse cansare una tale responsabilità. Gli immissi in possesso non saranno dunque tenuti, relativamente al pagamento de' debiti, che fino alla concorrenza del valore de' beni.

IV. — Se la prescrizione, secondo quel che abbiamo detto nell'art. 128 [134], non può aver corso contro l'assente, a vantaggio degli immissi in possesso, ciò avviene, lo si è veduto, per una ragione particolare, nè se ne potrebbe desumere che i beni dell'assente sieno imprescrittibili. L'assenza non è, come la minorità e la interdizione, una causa di sospensione della prescrizione; i beni dell'assente dunque potranno essere prescritti da terzi.

Ma contro chi decorrerà si fatta prescrizione? Decorrerà contro l'assente? ovvero contro l'immissi in possesso? Chiaro si scorge l'importanza della quistione: l'immissi in possesso, per esempio, potrebbe essere un minore, mentre l'assente sarebbe maggiore, e la prescrizione sarebbe o no sospesa, secondo che decorrerrebbe contro il primo o contro il secondo... La quistione è molto controversa, e pure la sua soluzione sembraci semplicissima.

La prescrizione d'una proprietà non può decorrere se non contro colui al quale tale proprietà appartiene; or, durante l'assenza chi è proprietario de' beni dell'assente?... Cbi? S'ignora; è l'assente, s'egli esiste ancora; sono gli immissi in possesso, se costui è morto: lo si saprà più tardi. Ebbene, più tardi del pari si saprà contro chi è corsa la prescrizione.

Ma poichè, provvisoriamente e salvo prova contraria, l'assente si reputa morto; poichè, provvisoriamente, la sua successione si è aperta e divisa, e sonosi esercitati tutti i diritti subordinati al suo decesso; dunque, provvisoriamente e salvo prova contraria, si reputerà correre la prescrizione contro l'immissi in possesso. In fatti, costui presentemente è quegli che gode; costui si vuole spogliare. Se dunque quest'immissi in possesso è un minore od un interdetto,

la prescrizione sarà sospesa, salvo però a dichiararsi non avvenuta la sospensione, se più tardi si dimostra che l'assente viveva, e che però la prescrizione è corsa contro di lui (1).

SEZIONE II.

Degli effetti dell'assenza riguardo alle ragioni eventuali che possono competere all'assente.

I quattro articoli di questa sezione si applicano non solo al caso d'assenza propriamente detta, val dire di assenza dichiarata, ma anche al caso di presunta assenza. Contengono essi del resto, come si vedrà, principii generali che il legislatore ha stabilito qui perchè gli si è presentata l'occasione, ma che egualmente avrebbe potuto allargare al titolo delle successioni, per esempio, o delle donazioni o delle obbligazioni.

135 [141]. — Chiunque reclamerà un diritto competente a persona di cui s'ignori l'esistenza, dovrà provare che la medesima persona esisteva quando si è fatto luogo a tale diritto: senza questa prova, la domanda sarà dichiarata inammissibile.

SOMMARIO.

- I. L'articolo si applica alle questioni che hanno luogo durante la graduazione come durante la dichiarazione di assente. — Rivolto per la non-presenza.
- II. Esso intende parlare di diritti eventuali. — Diritto eventuale è ciascuno di diritto condizionale.
- III. Non parla di tutti i diritti eventuali, ma solo di quelli sommati alla condizione che l'assente diritto esisteva quando si è fatto luogo a tal diritto.
- IV. L'articolo, in somma, stabilisce un principio di diritto comune, — in quel modo dove essere redatto.

I. — Questo articolo ed il seguente, il quale non è se non una conseguenza circostanziata del medesimo, adoperano ed a bella posta le più larghe espressioni. Parlano d'un individuo *la cui esistenza non è conosciuta*, il che ei prova, come lo abbiamo detto sotto la rubrica della sezione, e come meglio si comprenderà spiegando questi articoli, che non trattasi soltanto del caso d'assenza propriamente detta, ma anche della presunzione di assenza; di tal che, pel solo motivo d'esservi incertezza sull'esistenza, l'individuo si reputerà morto e si agirà come se fosse certo che non esiste.

La questione poi se questi articoli si applicano egualmente al caso di semplice non-

presenza, sarà esaminata alla fine del seguente articolo, n.° IV.

II. — I diritti che un individuo può avere sono o certi o semplicemente eventuali. Il nostro articolo 135 [141], come appare dalla rubrica della sezione, si occupa de' soli diritti eventuali; e non di tutti, ma di quelli soltanto d'una determinata specie, come si vedrà in seguito.

Il diritto certo è quello che si è sicuro di poter esercitare, sia presentemente, sia nell'avvenire, sia da noi medesimi, sia per mezzo di rappresentanti. L'eventuale poi è quello che non dà, quanto al presente, se non una speranza, la cui effettuazione dipende da un avvenimento futuro ed incerto.

Così, Paolo mi deve 10,000 fr. che si è obbligato pagarmi in quattro anni. Tale obbligazione mi dà un diritto che non posso immediatamente esercitare, ma che non per questo è men certo, e qualunque cosa sopravvenga, sarà a capo di quattro anni esercitato contro Paolo od i suoi rappresentanti. In fatti, per la natura medesima delle cose, ed in forza della volontà tacita ma certa delle parti, gli effetti delle convenzioni continuano, in caso di morte dei contraenti, a vantaggio o contro gli eredi di costoro; purchè il contrario non siasi formalmente stipulato o non risulti dalla natura medesima della convenzione. Così, a modo d'esempio, un medico si obbliga, mediante una somma di danaro che annualmente gli devo pagare, di curare, in ogni occorrenza, me e tutti i membri della mia famiglia; è ben chiaro che, se egli muore, non è tenuto a tale obbligazione il suo erede, il quale forse può essere un pittore. Per regola generale però, e salvo l'eccezioni risultanti dalla natura medesima del contratto o da clausola espressa, si stipula sempre per sè e per i propri eredi: il che formalmente è detto dall'art. 1122 [1076].

Per l'opposto, ne' legati, per esempio, il diritto del legatario dipende dall'effettuazione di tre circostanze: 1.° la morte del testatore (art. 895 [815]); 2.° la non revocazione del legato (1035 [990]); 3.° l'esistenza del legatario al tempo in cui morrà il testatore (1039 [994]). Or se è certa la prima di queste circostanze (poichè è indubitato che il testatore uscirà di vita in un'epoca qualunque) non è così delle altre due; non è certo che il testatore non rivocherà il legato, e non è certo tampoco che il legatario sopravvivrà al testatore. Dunque il diritto del legatario è eventuale, è una semplice speranza. Un altro esempio, io mi obbligo di pagarvi 10,000 fr. a capo di quattro anni, purchè prima di quest'epoca mio fratello ritorni dall'Indie. L'esercizio del vostro diritto è sottoposto a due

(1) Contr. Duranton (I, 495); conf. Merlin, Delvincourt, Valette (I, p. 289), Zachariae (I, p. 305), Demolombe (II, 439).

circostanze, di cui l'una, la scadenza de' quattro anni, infallibilmente si verificherà, ma la seconda, il ritorno di mio fratello durante questo periodo di tempo, è del tutto incerta. Voi dunque avete contro di me un diritto eventuale.

Il diritto eventuale, abbiamo detto, è quello che dipende da un avvenimento futuro ed incerto. Or, quest'avvenimento futuro ed incerto, dal quale dipende l'effetto d'una obbligazione o d'una disposizione qualunque, è precisamente ciò che chiamasi in diritto una condizione (art. 1168 [1121]). Le espressioni *diritto eventuale*, *eventualità*, *speranza*, sono dunque sinonimi di *diritto condizionale*.

III. — Come facilmente può comprendersi, ad una convenzione, ad una disposizione qualunque si possono apporre un immenso numero di condizioni diverse, di cui riuscirebbe impossibile, e d'altra parte inutile, darne i particolari. Avvene però d'una specie di cui è uopo qui favellare: quelle che sottopongono l'esercizio di un diritto alla condizione che colui al quale tal diritto è concesso, esista ancora nel momento in cui dovrà recarlo ad effetto. In questo caso se l'individuo muore prima che il diritto concessogli possa sperimentarsi, è certo allora che la condizione più non puossi compiere, e quindi il diritto ossia la speranza svanisce non solamente per l'individuo, ch'è morto, ma altresì pe' suoi eredi. Così, io mi obbligo pagare a Tizio, nel 1850, una somma di 12,000 fr., se a quest'epoca egli esiste ancora; se Tizio muore nel 1848, è chiaro, che io non debbo nulla nè a lui nè ai suoi eredi.

Sovente si fatta condizione potrà, senza clausola espressa, risultare dalla natura della convenzione. Così, io compro da voi una casa per la somma di 10,000 fr. pagabili da anno in anno in quattro rate eguali; di più, a cominciare dal primo pagamento, debbo fornirvi una rendita vitalizia di 2000 fr. Ebbene, una rendita vitalizia essendo dovuta durante la vita, è chiaro che se voi morrete fra due anni dopo fatto il secondo pagamento, io senza dubbio dovrò ai vostri eredi i 3000 fr. che rimangono ancora a pagarsi, ma non la rendita vitalizia.

Si fatta disposizione può anche risultare, senza alcuna convenzione, sia dalla tacita volontà del disponente, sia dalle regole stabilite dalla legge. Così, il legato si reputa sempre fatto a condizione che il legatario viva quando il legato avrà luogo per la morte del testatore; dunque il legatario, trapassando prima del testatore, nulla trasmetterà ai suoi eredi. L'erede presuntivo d'un individuo può raccogliere la successione di costui nel solo caso che egli esista ancora allorchè essa si aprirà per la morte di quest'in-

dividuo; s'egli muore prima, la speranza che avea non si trasmette ai suoi eredi, ma dileguasi completamente.

Or, il nostro articolo si occupa soltanto dei diritti eventuali di questa specie, ossia di quelli la cui condizione è che l'*avente diritto esisterà all'avverarsi del diritto*.

IV. — È principio intanto, di diritto come di ragione, che colui il quale allega una pretesione dee provare che essa è fondata, se vuol trarne profitto; che colui il quale reclama un diritto dee giustificare che tale diritto gli appartiene. *Incumbit onus probandi illi qui agit*. E però, quegli che pretende esercitare un diritto condizionale, dee provare d'essersi verificata la condizione da cui il suo diritto dipendeva.

Se dunque la condizione apposta era, come nel caso del numero precedente, l'esistenza dell'avente diritto nel tempo che tale diritto diviene esercibile, sarà fatta giustizia alla domanda quante volte si proverà che quest'individuo vivea ancora in tal epoca. Che se costui personalmente avanza la domanda, egli stesso sarà la pruovavivente del fatto. Se poi è morto od assente, sia dichiarato sia soltanto presunto; se insomma non agisce personalmente, ma per mezzo d'un rappresentante, sarà quello il caso di dover provare che il rappresentato era tuttora vivente allorchè a suo pro ebbe luogo il diritto; purchè non sia altrimenti dimostrato che l'avvenimento, dal quale quel diritto traeva vigore siasi avverato. Ebbene, ciò prescrive precisamente il nostro art. 135 [141], il quale sarebbe stato assai più chiaro se si fosse ridotto nei seguenti termini: « Allorchè un diritto, che compete ad una persona a condizione che ella fosse tuttora esistente al tempo in cui dovea sperimentarlo, sarà reclamato da un suo rappresentante, costui dovrà per esercitarlo provare che la persona vivea ancora all'epoca in cui il diritto in parola si è in lei trasmesso. »

Come vedesi, quest'articolo stabilisce un principio di diritto comune, al quale col semplice ragionamento si giugnerebbe, quand'anco non fosse scritto nella legge.

136 [142]. Aprendosi una successione alla quale sia chiamata una persona, di cui non consti l'esistenza, sarà devoluta esclusivamente a coloro co' quali essa avrebbe avuto il diritto di concorrere, od a coloro cui sarebbe spettata in sua mancanza.

SOMMARIO.

1. Questo articolo non è se non l'applicazione del precedente, fatta al caso particolare di successione. — Si agisce esclusivamente come se l'erede, del quale non si provi l'esistenza, fosse morto.
11. Se l'erede, la cui esistenza non consti, lascia discendenti, costoro concorreranno per rappresentazione. Errore di Pruvdhu.

III. Colore che sembrava in forza di questo articolo non si conosceva come semplice intestato in persona, ma come proprietario. Da ciò non si poteva arguire natura di conservazione, e non può dipendere da beni; altro però in ogni la possibile ragione.

IV. La semplice non presenta non sarebbe sufficiente per applicare i nostri articoli; è necessaria l'iscrizione sull'atto.

I. — Secondo i termini del nostro articolo, se colui ch'è chiamato ad una successione, in parte od in tutto, non dà prove di sua vita, la successione si devolve interamente a coloro che erano chiamati con lui, ovvero, s'egli era il solo chiamato, a quelli del grado susseguente. Vale a dire che la legge non tiene alcun conto di lui, e dispone come se fosse morto. Per esempio, un padre muore; tre figli sono chiamati alla sua successione, ma non consta l'esistenza del primogenito; gli altri due si divideranno l'intera successione, vale a dire che faranno quel che avrebbero fatto se il loro fratello fosse morto. Similmente, un individuo muore lasciando per parenti un nipote ed un cugino; tutto spetterebbe al nipote, ma la sua esistenza è dubbia; e che cosa dovrà farsi secondo il nostro articolo? La successione si devolverà al cugino, vale a dire si agirà come se il nipote fosse morto.

Il nostro articolo dunque è l'equivalente di questa proposizione: « Quando una successione cade in un individuo la cui esistenza non consta, vi saran chiamati coloro che la raccoglierebbero se egli fosse morto. » E questa una conseguenza di quel che abbiamo detto sotto l'articolo precedente, al n.° II, cioè che quando trattasi di un diritto il quale per tanto compete ad un individuo per quanto si verifichi la condizione che egli sia tra' vivi nel momento che tal diritto si trasmette in lui, ed invece la di lui esistenza nel momento della trasmissione del diritto in lui non è provata, dovrà agirsi allora come se l'individuo in parola fosse certamente morto.

È ben inteso, del resto, che così si agisce salva sempre la facoltà, nell'avente diritto o nel suo rappresentante, di dimostrare in seguito ch'egli esisteva allorchè la condizione verificavasi, e di ritogliere i beni a coloro che per si fatto modo ne avevano avuto il possesso. Ciò ci si dice dal legislatore nell'articolo seguente.

II. — Secondo gli art. 739 e 740 [660 e 661], allorchè un individuo muore lasciando, a modo di esempio, un figlio ed un nipote nato

da un altro figlio premorto, il nipote è messo, dalla legge, nel luogo e grado di suo padre, ed esercita i diritti che costui eserciterebbe se visse ancora; è, per così dire, il padre medesimo che rivive nella persona di suo figlio, per effetto d'una finzione legale conosciuta sotto il nome di *rappresentazione*. Si comprende, fin da ora, che non possa venirsi così a surrogare un grado se non quando questo sia vacante per la morte di colui che l'occupava; d'onde segue che non si possono rappresentare le persone viventi. Ed è questo appunto quel che dispone l'art. 744 [666] (1).

Ciò compreso, supponiamo che vivente *Primo*, padre di *Secondo* e *Seconda*, costei sia scomparsa, lasciando per erede presunto un figlio, e che in seguito muoia il padre *Primo*. Il nipote, figlio di *Seconda* assente, potrà concorrere alla successione di suo avo, con *Secondo* suo zio? Si è sostenuta la negativa, e si è asserito che lo zio potrebbe escluderlo dicendogli: « Voi non potete concorrere alla successione di vostro avo, né pretendere che la metà di questa successione sia stata raccolta e vi sia stata trasmessa da vostra madre; perchè voi non dimostraste che costei esisteva al tempo in cui la successione si è aperta. Non potete concorrere tampoco per rappresentazione, perchè non si rappresentano che le sole persone defunte, e voi non adducete alcuna prova che vostra madre era morta quando si è aperta la successione. A me solo dunque si appartiene il diritto di raccogliere l'intera eredità. »

Si fatto modo di argomentare non è sostenibile, nè noi gli daremmo importanza, se non fosse sorretto da gravi autori, segnatamente da Locré (art. 744 [666]), e Proudhon (II, p. 192). Pure egli è un vero sofisma al quale il nipote risponderebbe vittoriosamente in questi termini: « È pienamente dimostrato, o meglio è ben certo, senza che siavi bisogno di prova, che mia madre era o vivente o morta. Or, se ella era vivente, una metà della successione le è spettata, ed appartiene al presente od a lei, se ancora vive, od a me, se è morta; se poi era morta al tempo in cui la successione si è aperta, nulla m'impedisce che io la rappresenti, e questa metà non ispetta a voi, ma a me. Sicchè, o che sia morta o che sia vivente (e l'una o l'altra cosa dev'essere necessariamente) avvi una metà della successione che

(1) Ad onta che l'art. 666 delle nostre leggi civili avesse detto generalmente che non si rappresentano le persone viventi, ma soltanto quelle che sono morte, sopprimendo le parole naturalmente e civilmente adoperate nel corrispondente art. 744 del Codice civile francese, pure vi sono due casi in cui si rappresenta la persona vivente, 4.° quan-

Marché T. I.

(Nota del traduttore.)

non vi appartiene, nè giammai vi può appartenere: voi dunque non potete appropriarvela »!

Orn dopo aver risposto al sofisma dello zio « dopo aver provato che non gli può spettare » e non la metà della successione, vediamo a chi apparterrà l'altra metà, dando una chiara e seria spiegazione a quest'apparente difficoltà.

Abbiamo osservato, nel numero precedente, che, se una successione cade in un individuo la cui esistenza è dubbiosa, il nostro articolo prescrive che si agisca come se questi fosse morto, salvo posteriore dimostrazione in contrario. Ebbene, nel nostro caso, che si farebbe se l'assente *Seconda* fosse morta? Suo figlio succederebbe per rappresentazione e concorrerebbe con suo zio *Secondo*. Dunque, il figlio di *Seconda* succederebbe realmente per rappresentazione, senza che gli si possa opporre l'art. 744 [666] (1) che inibisce di rappresentare i vivi; poichè la legge istessa, fino alla pruova contraria, reputa in questo caso morto l'individuo e vuole che si agisca quanto al presente come se certamente fosse trapassato.

Da ultimo, Proudhon adduce a pro del suo sistema un'ultima ragione che bisogna del pari confutare. Lo zio, secondo lui, potrebbe dire al nipote: « Voi non provate che vostra madre sia morta: forse è vivente ed ha rinunziato alla eredità, ed in tal caso questa mi appartiene per intero. » Proudhon non ha preveduto che si fatta pretensione si dilleggerrebbe innanzi alla seguente semplicissima risposta, che la rinunzia ad una successione dev'essere *provata* da colui che l'invoca e non può giammai *presumersi*, il che chiaramente è detto dall'art. 781 [701] (2). Del resto la disposizione di quest'articolo non è altro che l'applicazione del seguente principio di diritto comune: Spetta a provare un fatto a chi lo allega, e colui che lo nega non è tenuto a provare il contrario: *Incumbit probatio ei qui dicit, non ei qui negat*.

Cotanta stranezza in un uomo come Proudhon è una gran pruova della debilità della intelligenza umana. La verità infatti non era qui sì difficile a scuoprirsi, e dall'un de' lati non è pruovata la morte e nè la vita dell'assente, è evidente dall'altro che non poteva

la legge emettere una disposizione senza poggiarsi sopra un punto qualunque; non potevau sonma la legge dichiarare che supponeva esser l'assente *nè vivo nè morto*. Doveva necessariamente fermarsi all'una od all'altra ipotesi e dire: « Si agirà come se fosse vivo, salvo a pruovare posteriormente la sua morte »; ovvero: « Si agirà come se fosse morto, salvo a pruovare posteriormente che era vivo. » Il legislatore, come abbiamo visto, si è attenuto a quest'ultimo partito, essendochè gli art. 135 e 136 [141 e 142] dicono in sostanza: « Si agirà come se fosse certo che l'assente sia morto », e l'art. 137 [143] vi aggiunge la restrizione: « Salvo la pruova posteriore della sua esistenza ». Or poichè supponesi morto l'erede, la cui esistenza non costa, i suoi discendenti possono per conseguenza prendere per rappresentazione il suo luogo (3).

III. — Allorchè un assente, dichiarato o presunto, è per sì fatto motivo escluso da una successione che si apre durante la sua assenza, è chiaro che coloro che la raccolgono in sua vece non sono semplici immessi in possesso; ma, in forza de' principii generali si appropriano i beni in qualità di proprietari, essendo essi in quel momento i più prossimi eredi conosciuti ed i soli aventi diritto. Segue da ciò che egli non saranno sottoposti ad alcuna formalità intesa a tutelare all'assente la restituzione d'un diritto che non è dimostrato appartenergli. Per lo che non potrebbero loro applicare nè l'art. 819 [738], il quale ordina, nel suo secondo comma, che sieno apposti i suggelli nel caso in cui non sono presenti tutti gli eredi; nè l'art. 126 [132] che prescrive l'inventario de' mobili dell'assente; nè gli art. 120 e 123 [126 e 129] che costringono alcuni immessi in possesso a dar cauzione. Neppure si potrebbe loro applicare l'art. 128 [131] che vieta agl' immessi in possesso d'alienare od ipotecare gl'immobili dell'assente. Nella nostra ipotesi gli eredi avrebbero, almeno in apparenza, la capacità di alienare ed ipotecare, salvo lo scioglimento dell'alienazione o dell'ipoteca, se venisse in seguito a provarsi che l'assente esisteva ancora al tempo dell'apertura della successione, e che i proprietari apparenti de' beni non ne erano i veri proprietari; ma fino a

cento potrà farsi nel modo stesso presso la cancelleria del giudice di circondario rispettivo ».

(Nota del traduttore.)

(3) Merlin (*Rep.*, v° Ass., n° 6), Delvincourt, Duranton (I-547), Demante (*Enciclop.*, v° Ass.), Vazeille (art. 744), de Moly (n° 640), Talandier (p. 254), Zachariae (I, p. 313), Demolombe (II-209); Parigi 27 gennaio 1812; Limoges, 11 marzo 1823; Rig., 10 novembre 1821.

(1) V. la nota (1) pag. 323 (Nota del traduttore.)
(2) L'articolo 781 del codice francese dispone che « La rinunzia ad una eredità non si presume. Essa non può farsi che presso la cancelleria del tribunale di prima istanza, nel cui distretto si è aperta la successione, sopra un registro particolare tenuto a questo effetto ». — Nel rispondente art. 701 delle nostre leggi civili vi si legge la seguente parte, che non è nel francese: « Per le eredità che non eccedono il valore di ducati tre-

che non sarà fatta una tale prova, e l'erede che raccolgono la successione possono disporne come proprietari (1).

Troveremo negli art. 137 e 138 [143 e 144] alcune conseguenze della differenza che intercede fra il titolo di coloro i quali, in mancanza dell'assente, si fanno ad esercitare un diritto, sia in virtù del nostro articolo, sia in virtù dell'art. 135 [141], e il titolo di coloro che sono semplici immessi in possesso.

IV. — Abbiamo fatto notare, fin dal principio di questo titolo, la differenza che avvi, nel linguaggio della legge, tra un individuo *assente* e colui che è *non presente*. Il non presente è quegli che attualmente trovasi lontano dal suo domicilio o dalla sua residenza, ma sull'esistenza del quale non cade dubbio di sorta; l'assente all'incontro è quegli sull'esistenza del quale avvi una compiuta incertezza. Or, i nostri art. 135 e 136 [141 e 142] che senza alcun dubbio si applicano sì all'assente presunto come all'assente dichiarato, sarebbero del pari applicabili a colui che è non presente?

No; affinché i mentovati articoli possano applicarsi, è uopo che vi sia incertezza sull'esistenza, vale a dire almeno assenza presunta. Il legislatore non ha potuto aver l'idea che se un individuo per suoi affari intraprende un viaggio di alquanti mesi, e durante questo tempo sia chiamato ad una eredità, possano in sua vece succedervi coeredi avidi sotto il pretesto che *egli non riconoscono la sua esistenza*. L'idea del legislatore non ha potuto essere, che un uomo al quale non può rimproverarsi alcuna negligenza, potesse, al ritorno da un suo viaggio, qualche volta brevissimo, trovarsi spogliato d'una parte del suo patrimonio. Di fatti, giusta l'art. 2279 [2185], il vero erede non avrebbe alcun regresso contro gli acquirenti de' mobili; e di più, secondo l'art. 138 [144], perderebbe tutti i frutti. Se il pensiero del legislatore non fosse stato che i nostri articoli sono applicabili solamente nel caso di seri dubbi intorno all'esistenza, a qual fine avrebbe scelto il titolo dell'*assenza* per allogarvi tali disposizioni?... Vi si rifletta, e questa sola circostanza varrà a dimostrarlo.

Del resto, quando trattasi di semplice non presenza, non può seriamente dirsi che *non consti* l'esistenza dell'individuo, poichè costui è notoriamente vivente. Non si è dun-

que in tal caso nè nello spirito, nè nella lettera de' nostri articoli.

Che se poi la non presenza si prolunga e prende un carattere diverso, se, a modo d'esempio, l'individuo non risponde alle lettere che gli si scrivono, i nostri articoli potranno allora applicarsi; ma è pure allora che comincia ad esservi incertezza e per conseguenza presunzione di assenza.

137 [143]. — Le disposizioni d' due precedenti articoli avranno luogo senza pregiudizio dell'azione di petizione di eredità, e degli altri diritti spettanti all'assente, od ai suoi rappresentanti od aventi causa d'esso, e non si estingueranno, che trascorso il tempo stabilito per la prescrizione.

SOMMARIO.

- I. Se, prima di compiersi la prescrizione, consti che l'assente si trova quando intercorre a una prova di cui altri s'impadroniscono in virtù degli articoli precedenti, tal diritto potrà esercitarsi dall'assente, dai suoi rappresentanti od aventi causa.
- II. Il nostro articolo si riferisce, come da' suoi medesimi parole appare, non solo, al caso particolare dell'art. 136 [142], ma anche alla regola generale dell'art. 135 [141].
- III. La facoltà in ordine che si acca appropria i diritti dell'assente, di generare contro di lui, non è che l'applicazione del diritto comune. — *Utile dell'art. 136 [142].*
- IV. Se i beni appartenenti all'assente, di cui si è impugnato l'acquisto, sono stati alienati da costui, l'interesse di suoi rappresentanti possono, finchè non vi sia prescrizione, fare annullare l'alienazione? — *Controversia* — *Soluzione affermativa*. — *Risposta alle obiezioni.*
- V. Differenza tra la petizione d'eredità e la rivendicazione cellaria. — *Tempo richiesto per prescrivere l'una e l'altra.*
- VI. Se ad una successione è chiamato l'assente insieme con molti altri individui, ed uno di costoro si oppone al nome dell'assente si trova inibito, da che motivo, e non gli altri coeredi con lui, perdono la persona che l'ostacolo dei loro diritti? — *Dirigete con Distanza.*

I. — Allorchè, per gli art. 135 e 136 [140 e 141] si ricusa ad un individuo, di cui non consta l'esistenza, l'esercizio di diritti che forse gli appartengono, perchè ignorasi se esiste, egli non ne rimane irrevocabilmente privato. Se dunque ritorna prima di compiersi la prescrizione, od i suoi rappresentanti od aventi causa provano che egli vive tuttora, o che esisteva quando que' diritti sonosi verificati, non avvi più alcun ostacolo che tali diritti si esercitino sia da lui, sia da' suoi rappresentanti od aventi causa [2].

II. — Nel nostro articolo, le parole *azione di petizione di eredità* si riferiscono all'articolo precedente, che si occupa delle successioni che possono aver luogo a pro dell'assente;

(1) Merlin (n. 4), Toullier (n. 480), de Moly (p. 389), Demante (n. 51), Zachariae (I, p. 314, n. 5), Plasmann (p. 68), Demolombe (II-210 a 213); Bordo, 16 maggio 1833; Amiens, 12 dicembre 1838 (Dev. 32, 2, 432; Dail. 29, 2, 38).

(2) N. B. — Per *rappresentanti* di un individuo intendonsi specialmente coloro che sono succeduti ai suoi diritti ed alla sua persona, vale a dire ere-

di; per *aventi causa* poi s'intendono più particolarmente coloro che possono esercitare uno o più de' suoi diritti, senza essere suoi eredi; per esempio, i donatari, i legatari, i creditori in forza dell'art. 4166 [1419]. Si fatte espressioni però di *rappresentanti* e di *aventi causa* si adoperano sovente indistintamente l'una per l'altra.

quello poi di *petizione d'altri diritti* sono relative alla disposizione più estesa dell'articolo 135 [141], il quale stabilisce il principio generale per ogni sorta di diritto dipendente dalla condizione dell'esistenza dell'individuo. Ed è perchè il nostro articolo si riferisce non solo alla disposizione particolare dell'art. 136 [142], ma eziandio alla disposizione generale dell'art. 135 [141], che esso dice, senza particolarizzare nulla, che tali azioni si estingueranno col periodo di tempo stabilito per la prescrizione.

Il qual periodo di tempo è di trent'anni per la petizione di eredità; ma, come più diffusamente si dirà nel titolo della *prescrizione*, avvi azioni che si prescrivono in un tempo molto più breve.

III. — Abbiamo indicata, al n° III dell'articolo precedente, la differenza che esiste tra colui che si è fatto immettere nel possesso dei beni dell'assente, e quegli il quale, secondo gli art. 135 e 136 [141 e 142] si è impossessato di beni, od ha esercitati diritti, che in seguito si scovono essere di pertinenza dell'assente; il nostro art. 137 [143] ci presenta un effetto di sì fatta differenza.

Essendo gl'immessi in possesso i rappresentanti ed i mandatari dell'assente, non possono, come lo abbiamo notato sotto l'art. 128 [134], prescrivere per rispetto a lui i beni di cui hanno il possesso; per l'opposto, coloro che detengono, in forza del principio dell'art. 135 [141], beni che poscia si scovono appartenere all'assente, purchè si dimostra ch'egli viveva ancora al tempo in cui gli sono spettati, potranno benissimo, come dice il nostro articolo, acquistarli per via di prescrizione. E questa, del resto, nna disposizione di diritto comune; ed è chiaro che possono prescrivere, perchè posseggono a titolo di proprietari.

Il nostro articolo del resto offre con ciò la prova di quel che abbiamo detto, sotto l'art. 134 [140], che cioè l'assenza punto non è causa di sospendere la prescrizione.

IV. — Da lungo tempo i giureconsulti non sono di accordo intorno alla questione se, allorchè sono stati alienati dall'erede apparente i beni dell'assente, costui od i suoi eredi od aventi causa, presentandosi prima di compiersi la prescrizione, possano agire contro l'acquirente per rivendicarli.

Noi non epiligheremo qui le interminabili dissertazioni che sono state fatte su tale questione, non andremo a perderci nel laberinto delle leggi romane che sono state invocate pro e contro; leggi la cui oscurità qualche volta è tale, che non hanno potuto essere comprese neppure da migliori interpreti. Codeste leggi peraltro a nulla giovano nel caso in questione; imperocchè non è que-

sto o quel senatoconsulto d'Adriano: non sono altri testi inintelligibili del Digesto che dai nostri tribunali debbonsi applicare, allorchè esistono principi chiari e precisi del nostro Codice civile.

Noi risolveremo la quistione *senza punto esser prolissi*, invocando principi che ci sono sempre sembrati incontrastabili, e che non possono ricusarsi senza cadere nel più assoluto capriccio.

In fatti, è principio incontrastabile, sì in logica come in diritto, che un individuo non può ad altrui trasferire diritti che egli medesimo non ha. *Nemo dat quod non habet*; gli art. 1599 e 2182 [1444 e 2076] stabiliscono regole che il solo buon senso indica, allorchè dicono, il primo, che la vendita della cosa altrui è nulla, ed il secondo, che il venditore può trasmettere all'acquirente quei soli diritti che egli stesso avea sulla cosa venduta. Or, l'erede apparente non era proprietario; dall'errore non si genera la verità, e la vostra opinione, sia pur coscienziosa al maggior grado, che la tal cosa sia, certo non fa che essa realmente sia. La proprietà de' beni è rimasta sempre all'assente; or, la rivendicazione è la conseguenza della proprietà.

Senza dubbio, se fosse piaciuto al legislatore di derogare per questo caso a sì fatto principio, lo avrebbe potuto, perchè può tutto. Ma lo ha fatto?... Fino a che non si potrà citare un articolo del Codice il quale deroga, per l'ipotesi di cui trattiamo, ad un principio cotanto possente come quello che abbiamo addotto in sostegno, diremo senza esitazione alcuna che l'assente, i suoi rappresentanti od aventi causa, possono agire contra tutti i detentori de' loro beni per rivendicarli, eccetto, se costoro ne avessero acquistata la proprietà per prescrizione.

Così decisa la quistione (*imperocchè non le si può dare altra soluzione*), confutiamo ora colla massima brevità possibile, i vari argomenti che si son fatti valere per l'opinione contraria. Essi si son dedotti dapprima dagli art. 132, 790, 1240, 138, 1935, e 2005, 2008, 2009, [138, 707, 1193, 144, 1807, e 1877, 1880, 1881] e poscia da considerazioni proposte nell'interesse degli acquirenti di buona fede (1).

1.° Nell'art. 132 [138], dicono gli oppositori, il legislatore, ponendo mente alla lunga assenza del proprietario, permette ai possessori de' suoi beni di disporne validamente; e se costui ritorna, potrà solo ripigliarsi quel che è rimasto tra le mani dell'impresso in possesso. Perchè non dovrebbe es-

(1) Vegg. Merlin (Quist., v° Ered.), Melpel (n° 244), Carette (Devill., 1836, 2, 293), Zachariae (IV, p. 308 e seg.), Demolombe (II, n° 213 250).

sere lo stesso nel caso preveduto da' nostri art. 135 e 136 [141 e 142]?

La risposta è ovvia: quand'anco il caso che trattiamo fosse identico a quello preveduto dall'art. 132 [138], non potrebbesi neppur ammettere la dottrina che combattiamo. Or perchè l'art. 132 [138] apporta un'eccezione al principio secondo il quale l'alienazione fatta dal proprietario apparente è nulla quando il proprietario reale non l'approva, si potrà con fondamento dire che questo medesimo principio debba reputarsi insussistente, ovvero debba subire una eccezione in questo o quel caso, malgrado il silenzio della legge? No, senza dubbio; è chiaro che quando un principio è riconosciuto tale, esso dee applicarsi a tutti i casi, tranne quelli che ne sono esclusi da una speciale eccezione. Rea in verità meraviglia di dover esser obbligati così sovente a richiamare alla memoria la seguente semplicissima verità: *Exceptio firmat regulam*.

Inoltre, non vi ha alcuna somiglianza tra il caso dell'art. 132 [138] e quello di cui trattiamo. Nell'art. 132, sono scorsi già trentacinque anni dal dì della partenza o delle ultime notizie dell'assente, vale a dire *magior tempo di quello che bisognerebbe a chicchessia per prescrivere la proprietà dei suoi beni*! Non fa dunque meraviglia che in quel caso la legge, per non lasciare indifinitamente la proprietà nell'incertezza, conceda al possessore la facoltà d'alienare irrevocabilmente. Ma qui trattasi d'un erede che ritorna forse dopo due anni, un anno, sei mesi di lontananza; e non perchè nel primo caso il legislatore formalmente conferma l'alienazione su le più convincenti presunzioni della morte dell'individuo, si può giustamente desumere che la medesima facoltà esista altresì nel nostro caso, ad onta che non siavi alcun testo di legge che li dica! La logica più rilassata non ammetterebbe una simile conclusione.

2.° S'invoca in seguito l'art. 790 [707], secondo il quale l'erede da prima ignoto che reclama una successione toccatagli, e fino a quel momento reputata giacente, dee rispettare i diritti acquistati da terze persone, in forza d'atti validamente fatti col curatore deputato a tale successione. Noi non abbiamo giammai compreso qual pro può ricavarci da sì fatto articolo.

Allor quando dopo i tre mesi e quaranta giorni computabili dall'apertura d'una successione (termine conceduto all'erede dall'art. 795 [712] per far l'inventario e deliberare se dee accettarla o ricusarla), niuno si è presentato per reclamarla; allorchè non è noto alcun erede o gli eredi certi vi hanno rinunciato, la eredità si reputa giac-

cente (art. 811 [730]; il tribunale nomina allora un curatore per amministrarla (art. 812 e 813 [731 e 732]), e tutti gli atti fatti da costui, ne' limiti de' suoi poteri, dovranno riconoscersi dall'erede che in seguito la reclamasse... Or in che, domandiamo, tale disposizione si oppone alla nostra dottrina?.. Il curatore qui è il mandatario legale dell'erede, nel cui nome ed interesse è tenuto ad amministrare. Tutto ciò che egli ha fatto, si reputa averlo fatto l'erede; tutti i diritti attivi e passivi della successione si promuovono o dal curatore o contro di lui, e sempre per l'erede, cui renderà conto della sua amministrazione allorchè si presenterà. Inoltre il curatore non può conservare presso di sé il danaro proveniente dalla successione, ma dovrà versarlo nella pubblica cassa (art. 813 [732]). L'erede apparente, al contrario, è per la natura medesima delle cose l'avversario dell'erede reale, contro il quale prescrive ogni dì i beni che egli detiene, in vece di rappresentarlo e difenderlo il suo diritto, egli lo distrugge. E si pretende argomentare da un caso all'altro!!!

3.° S'invoca quindi l'art. 1240 [1193]; se l'argomento che se ne trae non ha alcuna forza reale, offre almeno alcun che di specioso.

Quest'art. 1240 [1193] dichiara valido e non soggetto a litigi per parte del creditore reale, il pagamento fatto da un debitore al creditore apparente, vale a dire a colui che era creduto vero creditore, perchè era in possesso del titolo. Per esempio, nel 1830 un individuo muore lasciando un nipote per suo unico erede noto, e costui accetta la successione. Fa parte di questa un credito contro Tizio, di 10,000 fr. pagabili in gennaio 1832. Alla scadenza essendo l'erede in possesso del titolo, domanda la soddisfazione de' 10,000 fr. a Tizio, il quale ne effettua il pagamento; poscia nel 1833 un figlio del defunto, che credevasi morto, si presenta e rivendica la eredità lasciategli da suo padre. Da quest'ultima circostanza incontrastabilmente risulta che il figlio e non il nipote del defunto era il vero proprietario del credito, e se si volessero applicare i principii, bisognerebbe dire che Tizio, avendo pagato a chi non ne era proprietario, non è stato sciolto dalla sua obbligazione e continua ad esser debitore dei 10,000 fr. a pro dell'erede reale. Or, l'art. 1210 [1193] contiene una disposizione contraria e dichiara che il pagamento sarà valido. Dunque, concludono i nostri oppositori, dal legislatore non è stato ammesso il principio che sostenete.

Qui, come scorgesi, l'argomento procede almeno direttamente contro la questione, ma è facile il confutarlo. Primieramente ripete-

remo quel che abbiamo già detto e che non dovrebbero obbliare, che quand'anco non iscorressimo una ragione di differenza tra la ipotesi particolare di questo articolo e le varie circostanze nelle quali può farsi luogo ad applicare il principio inviolabile che noi difendiamo, un'eccezione apporata ad un principio non lo distrugge, ma al contrario lo conferma, e le eccezioni debboni applicare soltanto ai casi pe' quali sono scritte... Ma la ragione di tale eccezione, la ragione della differenza tra il caso dell'art. 1249 [1193] ed i casi ordinari è ben specchiata, e ci sorprende che non siasi già scortata alcuno.

Allorchè un erede apparente mi propone di vendermi una casa che fa parte della successione che egli detiene, io sono interamente libero di non comprarla da lui; allorchè mi chiede in prestito 50,000 fr., ipotecandomi un potere che fa parte pure di quella successione, io similmente son libero di non prestarglieli. Ma quando mi domanda il pagamento de' 10,000 fr. che io dovea al defunto, son libero di non pagarglieli? No; e se ricusassi, mi chiamerebbe in giudizio ed otterrebbe condanna contro di me; di tal che sarei costretto a fare, con ispece che rimarrebbero a mio carico, quel che non ho voluto eseguire di buon grado. Non potrei neppure dirgli che io son pronto a soddisfarlo a condizione che mi presti cauzione, o che il denaro, in vece di riceverlo lui, sia versato nella cassa de' depositi. Mi risponderebbe che egli non è un immesso in possesso, ma proprietario (art. 136 [142] n° IV.) Cosicchè io sarei stato obbligato a soddisfare il mio debito, e quindi, se fosse ritornato l'erede reale, costui, se non esisteva l'eccezione dell'art. 1249 [1193], m'avrebbe pure obbligato a soddisfarlo, salvo il mio regresso contro il primo, il quale potrebbe essere divenuto insolubile. Dalla legge non potevasi porre un debitore in una simigliante posizione. Poichè era d'uopo che alcuno fosse esposto ad una perdita, questi dovea essere colui che non è venuto ad esercitare i suoi diritti, cioè l'erede reale assente. Come vedesi l'equità richiedea qui rigorosamente un'eccezione al principio, e la legge vi ha derogato; ma senza alcun dubbio non può dirsi che il principio non esista e che bisognerà applicare a tutti i casi possibili quel che la legge ha stabilito o dovea stabilire per questo caso speciale.

4. Altrettanto deesi dire degli art. 1380 o 2003, 2008-2009 [1334, 1877, 1870, 1871].

Nel primo il Codice dichiara che se la cosa da voi posseduta e datami in pagamento, credendo ambedue che me la dovevate, mentre io non vi avea alcun diritto, sia da me venduta ad un terzo, voi non potete far annullare la vendita, ma chiedermi soltanto il prezzo della cosa. Questa disposizione è similmente un'eccezione al principio che il solo proprietario può alienare; ed era ragionevolissima, non potendosi il proprietario lagnare di alcuno, poichè l'errore è il suo proprio fatto ed egli medesimo è stata la causa di quel che è avvenuto.

Negli art. 2003, 2008 e 2009 [1877, 1880, 1881] la legge dichiara validi i contratti che hanno avuto luogo tra terzi ed un mandatario, posteriormente alla revoca della procura che il mandante non avea loro fatta conoscere. Avvi dunque in questo caso similmente eccezione al nostro principio, eccezione che era imperiosamente richiesta dalle circostanze. Il mandante è tenuto a far conoscere la revoca del suo mandato; la colpa di non aver ciò effettato a lui solo deesi attribuire, e coloro che hanno contrattato sulla fede di tale mandato non debbono nulla soffrire per la sua negligenza.

Se i nostri avversari moltiplicassero all'infinito si fatte citazioni, ciò assolutamente non proverebbe nulla; il loro argomento si ridurrebbe sempre al seguente: Il Codice fa eccezione in molti casi al principio che il solo proprietario aliena validamente; dunque bisogna del pari far eccezione nell'ipotesi d'alienazione fatta dall'erede apparente. Ma non è lecito ragionare in tal modo. Abbiamo osservato che ne' casi preveduti dagli art. 132, 1380 e 2005 [138, 1331 e 1877] eranvi imperiosi motivi d'eccezione; e quand'anco non ve ne fossero, non è forse incontrastabile che quando un principio esiste, esso comprende tutto ciò che non è escluso da un'eccezione speciale? Moltiplicate dunque il numero delle eccezioni apportate dalla legge al principio che discutiamo, sempre più dimostrerete che per parte del legislatore non vi è stata negligenza, che ha saputo proteggere la buona fede dei terzi, quando ha creduto ciò suo dovere; sempre più avvalorerete contro di voi medesimi quella verità precedentemente ricordata, *exceptio firmat regulam*.

In quanto all'art. 1935 [1807] esso alla questione non è più applicabile dell'art. 790 [707], anzi lo è meno ancora. Vi si tratta d'un obbietto depositato presso un individuo il quale in seguito perde la vita; la legge, nell'ipotesi che l'erede di costui, supponendo che facesse parte della successione, lo venda ne dichiara valida la vendita... Or, ciò non è che l'applicazione del dritto comune; imperocchè la cosa depositata è senza dubbio mobile; ed in fatto di mobili, il semplice possesso anche momentaneo, purchè sia di buona fede, è sufficiente, secondo l'art. 2279 [2185], a farci divenir proprietari.

I nostri avversari da ultimo pongono in campo considerazioni che potremmo lasciarle senza risposta, atteso che cambiano la questione di diritto in questione di legislazione.

Chi professa il diritto dee studiare la legge per iscovrire il suo vero senso; deve indagare diligentemente ciò che ha voluto dire, per determinare quello che ordina, vieta o permette; deve in una parola DICHIARARE QUEL CHE LA LEGGE È. Tale è la missione del giureconsulto... Quegli poi che si occupa della legislazione dee ponderare gli effetti buoni o funesti d'una legge; ricercare se essa è o pur no in armonia co' principii dell'equità, con i costumi ed i bisogni di coloro pe' quali è redatta; deve insomma DICHIARARE QUEL CHE LA LEGGE DOVREBB'ESSERE. Or la questione di cui trattiamo non va da noi esaminata dal lato legislativo.

Il giureconsulto dee studiare la legge quale è; se la rinviene ingiusta, potrà dire: la legge così interpretata è ingiusta, *dura lex*; ma non pertanto così bisogna intenderla, *scripta tamen*. Ciò spessissimo si è da noi praticato, e si praticherà parecchie volte ancora. Potremmo dunque, lo ripetiamo, non rispondere alle considerazioni che ci si oppongono, atteso che esse non hanno alcun rapporto con una questione di diritto. Pur tuttavia, esaminandole sommariamente, vedremo che è ovvio rispondervi con altre considerazioni non meno energiche.

1° Ci si obietta che quando un erede, il più prossimo di quelli noti all'epoca della morte del defunto, ha raccolto una successione, non avvi alcun mezzo per conoscere se vi sia altro erede più prossimo di lui, il quale fosse assente al presente, ma che potrebbe posteriormente presentarsi. Non si può dunque, dicono, rimproverare alcun fallo, alcuna imprudenza a colui che ha comprato da talo erede. Le circostanze facevano credere fondatamente che costui era proprietario, e quindi non deesi permettere che il compratore ne sia in seguito sproprato.

Innanzitutto, è egli poi vero che in sì fatto caso non v'abbia nessuna imprudenza da imputare all'acquirente? Non potea egli informarsi e conoscere, per esempio, che il defunto, il quale presentemente lasciava un figlio, ne avea però due, e che ignoravasi la sorte del secondo di cui non era provata la morte? Gli tornava forse impossibile conoscere che colui, un cugino del quale s'era impossessato della successione, aveva un fratello od una sorella che potea tuttavia esser vivente, od aver lasciati figli?... Oh! quanti rimproveri gli si potrebbero indirizzare sotto questo rapporto.

Ma quand'anco l'errore fosse stato veramente invincibile; quand'anco l'acquirente

non avesse avuto nessun mezzo per prevedere ciò che poteva avvenire in seguito, perchè dunque la perdita (che deesi necessariamente soffrire o dall'acquirente o dall'erede reale, poichè supponiamo sempre insolvibile il venditore) perchè la perdita dovrebbe piuttosto soffrirsi dal proprietario anzichè dall'acquirente? L'opposto soltanto sembraci ammissibile da un'equa legislazione; imperocchè il proprietario non ha potuto impedire un'alienazione di cui era inconsapevole, mentre l'acquirente poteva benissimo non comprare. Dunque il proprietario deesi trattare più favorevolmente.

2° Ci si dirà che la nostra dottrina lascia la proprietà in sospenso; impedisce la circolazione de' beni, rimanendo sempre gli acquirenti nel timor d'un'evizione; e nuoce perciò all'interesse pubblico per conservare un interesse particolare!

Ma si pone in obbligo dunque (e ciò praticasi continuamente da' nostri avversari) che la legge per via di speciali disposizioni ha scrupolosamente badato al mantenimento di questo interesse generale, e che *segnatamente* pel motivo che qui s'invoca essa ha dichiarato nell'art. 712 [633] che la proprietà de' beni si acquista per *prescrizione*... In un'equa legislazione, per dichiarare un individuo decauto dal suo diritto di proprietà era mestieri che un periodo di tempo molto lungo fosse scorso dal momento nel quale costui avrebbe potuto agire; e ciò precisamente si è stabilito dalla legge. Aspettisi dunque, per vincere il mio diritto, che l'erede apparente abbia prescritto la successione, ed allora potrà irrevocabilmente alienar i beni che la compongono; o pure aspettisi che l'acquirente abbia prescritto i beni da lui acquistati.

In tutti i casi, lo ripetiamo, la questione ci si presenta dal lato legislativo, mentre è uopo deciderla in diritto. Or, in diritto, ricorderemo il nostro principio: che un individuo non può altrui trasmettere diritti che egli stesso non ha, e ripeteremo che questo principio si applica necessariamente a tutti i casi pe' quali non ci si addita un'eccezione sanzionata dalla legge.

Egli è vero che la nostra antica giurisprudenza sembra essere stata favorevole al sistema che confutiamo (arresto Malandrin, 17 giugno 1739, del parlamento di Normandia; di Parigi, 17 giugno 1744; di Tolosa riferito da Merlin e Denizart, v° *Eredi*, § 2). Ma in primo luogo si fatta dottrina era fin da allora biasimata da sommi giureconsulti; e Lebrun fra gli altri scriveva (*Tr. delle successioni*, lib. 4, cap. 4) « che l'erede più lontano non » potrebbe alienare durante il suo godimento » in danno dell'erede più prossimo; e ciò » esser certo. » E secondamente, la giuris-

prudenza arbitraria de' nostri antichi parlamenti non potrebbe aver forza di legge ora che possediamo regole formali sanzionate dal nostro Codice civile.

Egli è vero altresì che la dottrina che qui confutiamo a tutt'uomo, perchè secondo noi è senza alcun dubbio erronea, sembra che rimarrà vittoriosa innanzi la corte suprema, se non per ogni alienazione fatta dall'erede apparente, almeno per le vendite di beni particolari che costui facesse ad un acquirente di buona fede; sendochè furono tre arresti di cassazione in questo senso profferiti nel medesimo dì 16 gennaio 1843 (1). Ma siccome il codice non offre alcun'eccezione piuttosto per la vendita che per qualunque altra alienazione, piuttosto per beni particolari che per una universalità di beni, piuttosto per l'acquirente di buona fede che per un altro; e siccome il solo beneficio che esso concede al possessore di buona fede (imperocchè se ne è occupato) consiste nel fargli appropriare i frutti (art. 549 [474]) e nel poter prescrivere secondo i casi col decorso di venti o dieci anni, in vece di trenta (art. 2265 [2059]), così ne conseguita che ove la corte di cassazione giunga a far prevalere definitivamente la validità della vendita, essa avrà fatto la legge in luogo d'applicarla.

Cotal trionfo del resto non può dirsi ancor certo, imperocchè le decisioni anteriori fanno sperare una viva opposizione da parte delle corti d'appello (2), e di già quella di Rennes, con decisione del 12 agosto 1844, ha dato ai famosi arresti di gennaio 1843 una risposta non mediocrementemente imbarazzante... La corte di cassazione, dimenticando che l'effetto dell'accettazione dell'erede reale risale al giorno dell'apertura (art. 777 [694]), in guisa che il diritto dell'erede apparente viene ad annullarsi e si ritiene come se non avesse esistito giammai, avea detto che ad onta dell'accettazione posteriore dell'erede reale, l'erede apparente disposto avea d'una cosa di cui era proprietario e non della cosa altrui, quando avea venduto soltanto un mobile od un immobile della successione; ed intanto in un caso simile avea ritenuto che la vendita dell'eredità sarebbe nulla perchè l'erede ha un diritto risolubile (cassazione, 26 agosto 1833). Or la decisione di Rennes risponde che la corte di cassazione è in flagrante contraddizione, « poichè mentre « convalida le vendite a titolo particolare, « annulla poi quelle della totalità o d'una « parte, distinzione che sarebbe inammissibile se fosse vero che l'erede apparen-

te avesse relativamente ai terzi il diritto « di disporre della proprietà. »

Così dunque è forza di riconoscere il principio; lo si applica in generale, e vuolsi poi sconoscerlo in un caso, pel quale non si può non pertanto indicare alcuna causa d'eccezione... Nè la confessione implicita della illegalità del sistema emerge soltanto dagli arresti; ma il suo più energico difensore, il nostro ottimo collega ed amico signor Carette, si è lasciato dire « che dal legislatore non è stata preveduta sì fatta quistione, ma che per essa la missione del giudice si eleva quasi all'altezza di quella del legislatore medesimo! » Se il caso particolare non è preveduto dalla legge è dunque verissimo che l'eccezione al principio non esiste; e se il giudice, per poter dare a questo caso la soluzione che noi confutiamo, diviene legislatore, avevamo dunque ragione di dire che egli faceva la legge in vece di applicarla.

L'ultimo scrittore che si è provato a sostenere sì fatta dottrina, il signor Demolombe, comincia anch'esso per confessare che quel che si è detto fino ad oggi per istabilirla non reggerebbe innanzi ad un rigoroso esame; quindi si sforza a procacciarle una novella difesa la quale però ben ponderata si confonde con una di quelle che abbiamo già indicate e confutate, imperocchè si riduce ad una idea di mandato. Il Demolombe pretende che l'erede apparente debba considerare come il mandatario dell'erede reale. Or noi abbiamo già notato, che l'erede apparente è, per la natura stessa delle cose, l'avversario dell'erede reale contro al quale, a differenza d'un immesso in possesso, egli prescrive tuttodì; ed in vece di rappresentarlo (come dall'immesso in possesso si rappresenta l'asente), invece di difendere i suoi diritti, egli per l'opposto li distrugge.

L'idea di mandato non è dunque per nulla ammissibile. . . . Il perchè agevolmente si scorge come l'onorevole professore Demolombe non sia stato guidato nel suo ragionamento da questa idea, ma sì veramente dall'essersi fatto ad indagare il *quid melius* anzichè il *quid voluit lex*. « Fa gran peso, » dice egli, sull'animo mio quel convincimento profondo che regna in tutti gli uomini *usi alla pratica ed al maneggio degli affari*. Fra quanti avvocati e più esperti, fra quanti notai mi sia occorso di consultare, io non ne ho rinvenuto quasi nessuno che non considerasse come una vera necessità il dichiarar valide le vendite così fatte, ed è specialmente perciò ch'io mi

(1) Dev. 32, II, 504; 33, I, 737; 36, II, 289; 38, II, 492; 43, I, 97; 44, II, 450.

(2) Poitiers, 13 giugno 1822; Douai, 47 agosto

4822; Bordò, 14 aprile 1832; Orleans, 27 maggio 1836; Montpellier, 9 maggio 1838.

« sono indotto a dire che quest'ultima opinione trionferà. Pur nondimeno credo di aver dimostrato che *codesta opinione non poggia sopra base bastevole*. . . . E però parmi essenzialissimo, POICHÉ UN TAL SISTEMA DOVRA' PREVALERE, di trovargli una base nella legge positiva ». Ed il Demolombe si fa allora a proporre l'idea di mandato.

Non è dunque siffatta idea che conduce il nostro onorevole avversario alla soluzione che egli adotta; ma al contrario è questa medesima soluzione, già precedentemente imposta dalla necessità degli affari, che lo conduce all'idea di mandato; è perchè ha premesso l'idea che nella pratica prevale la validità delle vendite, e che bisogna di buona o mala voglia trovar modo di vederla pure nel Codice! Questa è dunque una novella confessione che bisogna aggiungere a quelle per noi denotate (1).

V. — Ogni azione con la quale l'erede reale si fa a richiedere la restituzione di uno o più beni d'una successione da colui che trovasi di averne il possesso ad un titolo qualunque, erroneamente si chiamerebbe *petizione di eredità*; si fatto nome si dà solamente all'azione che egli promuove contro colui che detiene i beni in *qualità d'erede*.

Per esempio, Pietro muore; la sua successione che si compone di due immobili, A e B, è stata raccolta da Paolo suo nipote, il quale ha venduto a Giacomo l'immobile B. Luigi, figlio del defunto, assente all'epoca dell'apertura della successione, ritorna e vuole rientrare nel possesso de' due immobili. L'azione che intenta contro Paolo per ottenere l'immobile A, è per appunto la *petizione di eredità*, imperocchè Paolo detiene quest'immobile *pro haerede*; ma quella che promuove contro Giacomo per farsi restituire l'immobile B, non è menomamente la *petizione di eredità* perocchè Giacomo non possiede *pro haerede* ma *pro emptore*; la è dunque un'azione ordinaria di revindicazione. In fatti in questa ipotesi si agisce contro Giacomo non pel motivo che egli detentore dell'immobile B non sia erede, ma si agisce invece perchè non ne è proprietario. L'azione dunque non è una *petizione* o *dimanda dell'eredità*, ma si veramente una *petizione* o *dimanda ordinaria* per revindicazione.

Del rimanente la *petizione di eredità* non si esercita soltanto contro chi si sia impossessato della successione come più prossimo erede conosciuto, ma anche contro colui il quale invece di aver comprato dall'erede apparente determinati beni di questa succes-

sione, si fosse costituito cessionario di tutti i suoi diritti ereditari. In questa ipotesi è evidente che egli non ha comprato specificatamente il tale o tal altro immobile, ma il titolo d'erede, o quindi non possiede i beni dell'eredità che come conseguenza di questo titolo (art. 1696 [1542]).

Or dunque i termini della prescrizione non sono sempre gli stessi, sia per la *petizione d'eredità*, sia per una *revindicazione ordinaria*.

L'azione in fatti di *petizione di eredità* si prescrive solo col decorrimento di trent'anni. Secondo gli art. 789 e 790 [706 e 707], chi ha rinunciato ad una successione a lui devoluta e si è in tal modo reso estraneo alla medesima, può presentarsi ad accettarla (a condizione che non sia stata accettata da un altro) durante il tempo richiesto per la più lunga prescrizione de' diritti immobiliari, vale a dire nel corso di trent'anni, giusta l'art. 2262 [2168]. Or è chiaro che non si possa concedere a chi investito già della qualità di erede non se ne sia mai svestito rinunciandovi, un tempo più breve a richiedere la successione di quel che si accorda a colui che l'aveva dapprima rinunziata; costui avrà dunque trent'anni che decorreranno dal momento in cui ha avuto luogo il suo diritto, vale a dire dalla morte del suo autore.

Così, allorchè l'erede reale agirà contro l'erede apparente o contro il suo rappresentante universale, o contro colui che avesse comprato il suo diritto ereditario, potrà, purchè il faccia ne' trent'anni, farsi riconoscere erede e toglierli tutto quello che ancora possederà della successione, sì in mobili che in immobili. Ma quando invece il medesimo erede reale agirà per revindicazione ordinaria contro un compratore, un donatario, un compermutante, contro ogni individuo insomma che detiene un oggetto speciale della successione a qualunque titolo, eccetto quello d'erede, il termine della prescrizione sarà più o meno lungo secondo i casi.

Se trattasi d'immobili, il possessore che gli avrà acquistati in buona fede ed in forza d'un giusto titolo (vale a dire d'un titolo che lo avrebbe renduto proprietario, se il venditore fosse egli stesso stato tale), li prescriverà col decorrimento di dieci anni, se l'erede reale abita nel circondario giurisdizionale della medesima corte di appello, o se non vi abita, col decorso di anni venti (art. 2265 e 2266 [2171 e 2172]).

Che se poi il detentore non era in buona

(1) Veg. secondo la nostra opinione: Toullier (addiz. al t. IX.), Grenier (*Ipot.*, I, p. 401), Proudhon (*Usuf.*, III-1319), Duranton (I-559 a 578), Marcadé T. I.

Lagrange (*Esame crit.*, p. 222-230), Troplong (*Ipot.*, II, n. 468).

fede o se mancava d'un titolo valido, non potrebbe invocare che l'art. 2262 [2168]; e la prescrizione allora si compirebbe col decorso di trent'anni come nel caso di petizione di eredità (art. 2262 e 2267 [2168 e 2173]).

Quanto ai mobili, un solo istante di possesso in buona fede sarà sufficiente per prescriverli, eccetto se fossero stati perduti o rubati, nel qual caso l'erede potrebbe agire durante il periodo di tre anni, che decorrebbero dal giorno della perdita o del furto (art. 2279 e 2280 [2185 e 2186]).

VI. — Allorché una successione è spettata a parecchi coeredi de' quali uno è assente, ed uno degli eredi presenti e condividenti diviene insolubile, presentandosi dopo ciò l'assente a richiedere la sua porzione, chi dee soffrire la perdita risultante dall'insolubilità del condividente? Immaginiamo una successione del valore di 24,000 fr.; quattro fratelli eredi, de' quali uno è assente; gli altri tre prendono ciascuno 8,000 fr. Dipoi, e prima di compiersi i trent'anni dall'apertura della successione, ritorna l'assente, ma uno de' tre eredi presenti è insolubile: chi soffrirà la perdita?

Duranton col quale siamo d'accordo intorno all'importante quistione che abbiamo esaminata al n° IV, ha nella presente ipotesi (I-579) un'opinione che non sapremmo abbracciare. Egli vuole che i due fratelli solvibili pongano in mezzo quel che hanno preso, ciascuno 8,000 fr., in tutto 16,000, e questa somma si divida tra i tre; di tal che ciascuno di loro soffrirebbe per un terzo la perdita dell'insolubilità sopravvenuta. Ecco il suo ragionamento: la divisione che ha avuto luogo essendo stata fatta fra tre eredi, mentre dovea esserlo fra quattro, è nulla, ed il quarto erede ha il diritto di dimandare una novella divisione. Indarno gli si opporrebbe che egli solo è in colpa per essersi assentato; bene era egli padrone d'assentarsi, e doveasi porre in serbo la sua quota. L'autore sorregge inoltre la sua argomentazione coi principii che regolavano l'azione di divisione nella legge romana, e secondo i quali l'erede assente conservava sempre la sua quota, *pro indiviso*, in tutti gli oggetti comuni, come se la divisione non si fosse effettuata... Duranton, secondo noi, spinge qui troppo oltre il rispetto alla legge romana; noi invece attenendoci a' principii del nostro diritto francese perverremo ad una più equa soluzione.

Gli eredi presenti avevano il diritto di dividere la successione, imperocché nessuno può essere astretto a rimanere in comunione (art. 815 [734]); e siccome in forza degli art. 35 e 136 [141 e 142] egli non potevano

agire da proprietari, salvo prova posteriore dell'esistenza dell'assente, così hanno potuto farne tre porzioni, e non sono stati per nulla tenuti a farne una quarta per lasciarla negletta fino al compimento del termine della prescrizione, o alla dimostrazione della morte del loro fratello assente, il quale era dalla medesima legge dichiarato morto salvo prova contraria. Regularmente pertanto ciascuno ha preso la terza parte dell'eredità, salvo restituzione, giusta l'art. 137 [153] di ciò che si avesse appropriato senza diritto. Or, poichè ciascuno ha preso senza diritto 2,000 fr.; così 2,000 fr. ciascuno restituir debbe all'assente il quale perderà i 2,000 fr. presi dall'erede divenuto insolubile.

Ed in vero se l'assenza del loro coerede non fa nulla guadagnare agli eredi presenti, perchè egli è ritornato, evidentemente essi non dee far loro perdere nulla.

§ 144. — Finchè l'assente non si presenterà, o le azioni a lui competenti non saranno promosse in suo nome, quelli che avranno raccolta la successione, riterranno i frutti da essi percepiti in buona fede.

I. — Allorché un fondo posseduto da un individuo il quale se ne credeva proprietario, ma non lo era, è rivendicato da colui cui appartiene, i frutti prodotti da tale fondo, dal dì in cui il possessore lo detiene, dovrebbero, se voglia starsi al rigor de' principii, essere restituiti insieme col fondo medesimo; ma un tal sistema, il quale mandar potrebbe in rovina un possessore, già abbastanza sfortunato per dover restituire un fondo che forse ha pagato ad un venditore contro del quale il suo regresso sarebbe inefficace, non poteva equamente adottarsi. Il perchè il legislatore gli concede i frutti, come gliel concedeva la legge romana.

II. — Se non che presso di noi il possessore di buona fede guadagna i frutti perchè li ha riscossi, mentre secondo il diritto romano egli non li lucrava che pel consumo che ne faceva. Nel fatto i frutti divenivano suoi mediante la percezione, ma non ne avea per rispetto al proprietario se non che una proprietà risolvibile e che svaniva al presentarsi di costui, il quale allora faceva suoi tutti i frutti ancora esistenti. *Si quis*, dice Giustiniano, Instit. lib. 2, tit. 1. § 35, *a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliove qualibet justa causa aequa bona fide acceperit: naturali ratione placuit fructus, quos percepit, ejus esse...* Et ideo si postea, dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ad eo consumptis agere non potest.

Appo di noi il proprietario avrà soltanto i frutti non ancora percepiti; rispetto a quelli raccolti, quantunque non consumati, rimarranno al possessore di buona fede.

III. — Allorchè il possessore sarà di mala fede, egli dovrà restituire tutti i frutti, cioè: quelli ancora esistenti, in natura; quelli consumati, pagandone il valore. Il paragrafo della Instituta testè citato diceva benanche: *Ei vero, qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est: itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.*

Il possessore è di mala fede non solo dal di in cui lo si chiama in giudizio, ma anche da quell' o in cui egli sia di non esser proprietario: *cum possederit fundum alienum sciens*. Bisogna però provare che egli lo sapeva; imperocchè la mala fede non si presume (art. 2268 [2171]).

IV. — Il nostro articolo ci presenta un effetto della differenza che intercede, e che noi abbiamo notato al n.° IV dell'art. 136 [142], tra i diversi aventi-diritto, immessi nel possesso de' beni d'un assente in forza degli articoli 120 e 123 [126, e 129] e coloro i quali come proprietari hanno esercitato in virtù degli art. 135 e 136 [141 e 142] diritti che lor son pervenuti durante l'assenza, e che non era dimostrato appartenersi a tale assente.

Gl'immessi in possesso, come si è osservato nell'art. 127 [133], hanno diritto alcuna volta alla totalità de' frutti, ed alcun'altra ai nove decimi od ai quattro quinti soltanto: qui invece la totalità de' frutti appartiene sempre al possessore. Questi, in verità, era reputato proprietario e come tale agiva; credeva dunque di poter vendere tutti i frutti; all'incontro l'impresso in possesso non possedeva se non per conto e come rappresentante dell'assente.

V. — Del resto la disposizione del nostro articolo non si applica soltanto al caso di assenza anche semplicemente presunta, ma a tutti i casi altresì ne quali un individuo possiede, credendosi proprietario, un fondo del quale vien poscia evitto.

(1) Quest'articolo col seguente che forma la sezione III del titolo IV nel codice francese, fu soppresso nelle nostre leggi civili per un doppio motivo: l'uno si fu quello che per ciò che riguarda matrimonio da celebrarsi fu, come anche nel codice francese, stabilito che il dritto di farvi opposizione appartenesse alla persona congiunta in matrimonio con una delle due parti contraenti, art. 481 II. cc., e non avendo distinto la legge se sia ower no assente, nelle forme da essa volute

SEZIONE III.

Degli effetti dell'assenza relativamente al matrimonio.

139 (1). — L'assente, il cui coniuge ha contratto un altro matrimonio, sarà egli solo ammesso ad impugnare questo matrimonio, o personalmente o col mezzo di un suo procuratore munito della prova della esistenza di lui.

SOMMARIO.

1. Finchè dura l'assenza d'un coniuge,ervi un impedimento proibitivo ad un altro matrimonio del suo consorte.
2. Quando finisce l'assenza, tale novello matrimonio sarà nullo e valido, secondo che l'assente esisteva ancora ad essa morte diorchè fu contratto.
3. Non dall'assente soltanto e dal suo mandatario può impugnarsi il matrimonio, ma bensì perorato per l'esistenza dell'assente, dal ministero pubblico e da qualunque altra persona interessata. — Cattiva redazione dell'articolo. — Errore di Toulier.

I. — L'assenza, sì dichiarata che semplicemente presunta, è, come abbiamo veduto, il risultato dell'incertezza sull'esistenza.

E però, da una parte il coniuge dell'assente non ha il diritto di contrarre un novello matrimonio, perchè non è certo che l'assente sia morto, nè che, per conseguenza, siasi sciolto il primo matrimonio; dall'altra se per errore o per frode realmente un altro matrimonio siasi contratto, non può dimandarsene la nullità, perchè neppur è certo che l'assente sia ancora vivente, e che per conseguenza esista tuttavia il primo matrimonio.

Si distinguono in fatti, come abbiain veduto nell'art. 28 [31], due specie d'impedimenti al matrimonio: gl'impedimenti dirimenti ed i proibitivi. I primi rendono il matrimonio assolutamente impossibile, di tal che se in loro dispregio fosse stato contratto, sarebbe in seguito annullato. I secondi, meno gravi de' primi, si oppongono bensì all'effettuazione del matrimonio, ma se tuttavia, ingannando l'uffiziale dello stato civile, si pervenisse a farlo celebrare, rimarrebbe valido.

L'esistenza d'un primo coniuge è senza dubbio un impedimento dirimente, come

riguardo agli assenti, il coniuge visì ci opporrà. L'altro motivo poi si fu che se si tratta di matrimonio celebrato, per chiedere il suo annullamento, non deve adirsi l'autorità civile, ma l'ecclesiastica, art. 455 II. cc.

L'articolo seguente poi fu soppresso, dappoichè, siccome nota anche il nostro autore, era superfluo ripetere ciò che si era detto antecedentemente, e ciò che si dirà nel titolo delle successioni. (Nota del traduttore).

risulta dagli art. 147 [153] (1) e 184 (2); ma ove codesta esistenza d'un primo coniuge fosse incerta, la legge non doveva ammettere nè l'impossibilità assoluta del matrimonio, poichè non costa che il coniuge assente viva tuttora, e neppure la sua possibilità assoluta, poichè nè tampoco costa che egli sia morto. Era il caso appunto d'interporre un semplice impedimento proibitivo, e così ha praticato nel nostro art. 139.

Dunque fino a che durerà l'assenza, e per conseguenza l'incertezza, il matrimonio che si contrae rimarrà inoppugnabile.

II. — Ma *quid* quando l'assenza andrà a cessare?

Se essa finisce per la prova della morte del coniuge assente, farà uopo vedere in qual tempo questa abbia avuto luogo. Se è avvenuta prima della celebrazione del secondo matrimonio, questo si è validamente contratto e non è soggetto ad essere impugnato; ma se la morte è posteriore, evidentemente ne conseguita essersi il matrimonio contratto mentre esisteva un impedimento dirimente, ed ai termini dell'art. 184 (3) se ne può dimandare la nullità così dal ministero pubblico come da tutti coloro che vi hanno interesse.

Che se poi l'assenza finisce per la prova dell'esistenza dell'assente, è chiaro allora essersi il matrimonio contratto in dispregio d'un impedimento dirimente; e quindi potrà chiedersene la nullità o dall'assente medesimo se è ritornato, ovvero dal suo mandatario se, non ritornando, abbia solamente dato notizia di sua vita.

III. — Ma il coniuge soltanto ovvero il suo mandatario potrà chiedere la nullità di tale matrimonio? Non potrebbero altresì ciò fare dal ministero pubblico?.... Se il nostro articolo fosse il solo che manifestar potesse su questo punto la volontà del legislatore, o se bisognasse attenersi rigorosamente al modo onde è redatto, si dovrebbe rispondere che al solo coniuge sia dato di agire o da sè stesso o col mezzo del suo mandatario. Ma fortunatamente per la morale la cosa non è così; e non è difficile, combinando la disposizione del nostro articolo con quelle allorate al titolo del *matrimonio*, di ravvisare i veri principii e di notare in questo articolo un legghiero vizio di redazione (il che non è raro

nel codice come di già si è potuto scorgere).

Primieramente, quando l'assente ritorni o dia prova d'esistenza, il nuovo matrimonio risulterà contratto in dispregio dell'art. 147 [153]; or gli art. 184 e 190 (4) prescrivono che in questo caso il ministero pubblico non solo può, ma *de* dimandarne la nullità e far dividere i due nuovi coniugi, perchè la loro unione sarebbe un oltraggio insultante alla morale. Il nostro articolo è egli forse in opposizione con sì fatto principio? No; anzi lo conferma, concedendo il diritto di dimandarne la nullità ad un individuo, al quale, secondo i principii ordinarii, dovrebbe forse negarlo.

In fatti, secondo il nostro articolo, il matrimonio potrà essere impugnato dal mandatario dell'assente, *munito della prova dell'esistenza di lui*; or se il legislatore avesse inteso parlare di un mandatario che agisse in forza d'una procura espressa e speciale che l'assente gli avesse fatta pervenire dal paese in cui si trova, questa procura sarebbe stata di per sè sola una prova dell'esistenza dell'assente, e non sarebbe richiesto come una condizione che il mandatario oltre di tale procura fosse cziando munito della prova dell'esistenza. E ciò che maggiormente prova non avere il legislatore inteso di prescrivere un mandato speciale risulta dalla parola *speciale* che vedevasi nel progetto e che fu depennata in seguito della discussione (Prog., tit. 4, art. 28. — Fenet, t. II, p. 36).

Tuttavia dunque semplicemente d'un procuratore lasciato dall'assente al tempo della sua partenza, i cui poteri punto non provano l'attuale esistenza di esso assente. A sì fatto procuratore ordinario, il quale non ha ricevuto dall'assente se non un mandato generale di agire per lui in tutti gli affari che potrebbero interessarlo, la legge permette d'impugnare il matrimonio del coniuge dell'assente. Se dunque un procuratore, che ha un potere generale per rispetto ai beni, può non pertanto (pure, ben inteso, provi l'esistenza del coniuge) far pronunziare la nullità del matrimonio perchè il coniuge non è presente per farla dichiarare egli stesso, per qual motivo non debbi riconoscere siffatto diritto nel ministero pubblico, incaricato peculiarmente di vegliare al mantenimento de' buoni co-

(1) L'articolo 147 del codice civile dice, — «Non si può contrarre un secondo matrimonio, avanti lo scioglimento del primo» — Per noi che il matrimonio oltre essere un contratto civile è un sacramento, fu il rispondente art. 453 delle leggi civili redatto dal legislatore nel seguente modo: — «Non può contrarsi un secondo matrimonio se non sia dissolto il primo dall'autorità ecclesia-

stica.» Vedi le nostre annotazioni a questo articolo. (Nota del traduttore).

(2) Soppresso nelle nostre leggi civili per le ragioni che diremo a suo luogo. (Nota del traduttore).

(3) Vedi la nota precedente. (Nota del traduttore).

(4) Soppressi nelle nostre leggi civili. (Nota del traduttore.)

stumi, ed al quale la legge (art. 190 (1)) non solo dà il diritto, ma impone eziandio l'obbligo di agire? Come potrebbe affermarsi che il nostro articolo sia stato fatto per privarlo di cotai diritto?

Non si capisce il perchè Toullier gratuitamente e senza alcun motivo abbia messo il nostro articolo in contraddizione con i principii più positivi della legge per farne derivare uno scandalo cotanto ristucchevole, quale sarebbe lo spettacolo d'un uomo maritato con due mogli dimoranti ambedue forse nella medesima città; o d'una donna avente notoriamente due mariti viventi, e da ciascuno de' quali potrebbe avere a sua volta figli che Toullier, per essere conseguente, dovea dichiarare tutti legittimi!!! imperocchè senza dubbio non si oserà dire che il primo matrimonio è sciolto.

Sotto il velo della frase, viziosa ed ambigua, adoperata dal legislatore, bisogna, ed è cosa facile il farlo, scoprire il vero senso di tale disposizione la quale non ha per iscopo d'indicare da chi il matrimonio potrà essere impugnato, ma quando potrà esser lo.

L'articolo preso alla lettera significherebbe in sostanza: Il matrimonio contratto dal consorte d'un assente non potrà essere impugnato se non dall'essente ritornato, o dal suo mandatario munito della prova dell'esistenza di lui.

Ecco intanto secondo noi quel che si è voluto dire: il matrimonio contratto dal consorte d'un assente non potrà impugnarsi se non quando l'assente sarà ritornato, od avrà dato prove di sua esistenza, proposizione equipollente a quest'altra: quando l'assente sarà cessata.

Così dunque l'articolo riducesi in buoni conti a questa proposizione, alla quale ci avrebbe pur menato l'applicazione de' principii generali: « Durante l'assenza di un » coniuge, il consorte presente non ha il diritto di contrarre un nuovo matrimonio; » non pertanto se col fatto lo avesse contratto, questo non potrà finchè dura l'assenza » essere impugnato. Ma dal momento in cui » l'esistenza dell'assente ridiverrà certezza, » quelle regole che vigevano solo pel caso di » assenza, non potranno, come di ragione, » essere più applicabili.

IV. — Alcuni scrittori hanno preteso che quest'articolo non siasi redatto se non pel caso di assenza dichiarata: il coniuge presente, dicono essi, solo dopo la dichiara-

zione d'assenza può stare in buona fede e credere che il suo consorte sia morto.

L'obbiezione non regge, anzi non ha neppure relazione alla questione. L'articolo punto non si briga di conoscere se vi sia buona fede; la sua disposizione è, come abbiamo veduto, una mera conseguenza dell'incertezza sull'esistenza dell'individuo. Una è la norma dalla quale è guidato, cioè: Vi ha o pur no incertezza?... Del resto può benissimo accadere che vi sia buona fede prima che una dichiarazione d'assenza fosse pronunziata, e viceversa siavi mala fede dopo dichiarata l'assenza.

Duranton, il quale adotta l'opinione che qui confutiamo, dice (1, 526) che innanzi di dichiararsi l'assenza il coniuge sapeva che la legge gli vietava di contrarre un nuovo matrimonio prima di sciogliersi il primo; ma perchè dunque nol sapeva egli più dopo dichiarata l'assenza?... Ignorava egli forse che la dichiarazione d'assenza non è una causa di scioglimento del matrimonio?

Del resto, Duranton, dopo aver rigettato il nostro principio, finisce coll'adottarlo interamente o presso a poco; imperocchè conviene che, quand'anche non vi fosse stata dichiarazione di assenza, l'azione di nullità non potrà esercitarsi allorchè si abbia la più grande incertezza sull'esistenza del consorte. Ma dove mai la legge ha richiesto che l'incertezza fosse la più grande possibile? La legge ha soltanto parlato d'un matrimonio contratto dal consorte d'un coniuge assente.

140 (2). — Se il coniuge assente non ha lasciati parenti in grado di succedergli, l'altro coniuge potrà dimandare l'immissione provvisoria nel possesso de' beni.

I. — Quest'articolo è interamente inutile nel codice. Contiene in fatti una disposizione la quale altro non è che un'applicazione peculiare del principio fermato dall'articolo (126) (3) e che spiatellatamente conseguita dall'unione di esso art. 120 all'articolo 767 (683) (4) nel titolo delle Successioni. Imperciocchè, secondo l'art. 127 (126), l'immissione in possesso de' beni d'un assente appartiene a colui cui spetterebbe la successione di tale assente se costui fosse morto; or, giusta l'art. 767 (683), quando un defunto non lascia nè eredi legittimi in grado successibile, nè figli naturali, la sua successione spetta al suo consorte; ond'è che a questo con-

(1) Vedi la nota precedente. (Nota del traduttore).

(2) Questo articolo fu soppresso nella compilazione delle nostre leggi civili. Vedi la nota (1) pag. 243. (Nota del traduttore).

(3) Vedi la nota (1) pag. 186. (Nota del traduttore).

(4) Vedi la nota (1) pag. 207. (Nota del traduttore).

sorte si appartiene nel medesimo caso la provvisoria immissione in possesso de' beni dell' assente. Dunque il nostro art. 130 (1) non fa altro che trarre la conclusione dalle premesse stabilite dagli art. 120 e 767 [126 e 683]

Quest' ultimo articolo inoltre ci fa conoscere che fra i *parenti in grado di succedere* di cui parla il nostro art. 130 è uopo annoverare i figli naturali del defunto, poichè sono chiamati, prima del suo consorte, a raccogliere la successione di lui.

CAPITOLO IV.

DELLA CURA DE' FIGLI MINORI DEL PADRE SCOMPARSO.

I tre articoli del presente capitolo non concernono che la presunzione d' assenza, come chiaramente indicano le parole *scompare*, *spazizione* adottate dal legislatore così negli articoli come nella rubrica, e come in seguito ci sarà dimostrato dall' art. 112 [146].

La legge, come la natura, pone il figlio minore sotto la potestà e la cura de' suoi genitori (art. 372 [288]); ma, durante il matrimonio, siffatta potestà esercitandosi dal solo padre (art. 373 [289]), la spazizione della madre, perchè il padre sia presente, non produce in generale alcun cambiamento allo stato delle cose. Ciò spiega perchè il legislatore siasi più particolarmente occupato della spazizione del genitore. Non pertanto, siccome l' assenza della madre non è sempre ed assolutamente senza effetto; siccome d' altra parte la legge non ha preveduto tutte le circostanze nelle quali può aver luogo la scomparsa del padre, sarà mestieri, adottando la divisione seguita dal codice, compiere siffatta divisione, e per induzione de' casi preveduti spiegare quei che non lo sono.

La legge occupasi della scomparsa del padre, 1° nel caso in cui la madre viva e sia presente; 2° nel caso in cui costui fosse morto prima di tale scomparsa, o morisse poco tempo dopo. Ci occorre dunque indagare l' effetto di siffatta spazizione; 3° nel caso che la madre si assentasse anch' ella dopo il padre.

Quanto alla spazizione della madre, la leg-

ge non se ne occupa che implicitamente ed in un caso tutto particolare, quello nel quale il padre sia morto e la madre rimaritata. Noi considereremo siffatta spazizione della madre nelle ipotesi reciproche, vale a dire: 1° nel caso che il padre viva e sia presente; 2° in quello nel quale costui è morto allorchè ha luogo la spazizione o muore poco tempo dopo; 3° in quello da ultimo in cui il padre scomparisce poco dopo la madre.

La legge punto non si occupa, almeno in termini chiari o formali, degli effetti della dichiarazione d' assenza relativamente a' figli minori; noi, dopo aver spiegato i nostri tre articoli, esporremo brevemente tali effetti.

§ 11 [145].—Qualora il padre sia scomparso, lasciando figli in età minore nati da un comune matrimonio, la madre ne avrà la cura, ed eserciterà tutti i diritti del marito relativamente all' educazione ed all' amministrazione de' loro beni.

SOMMARIO.

- I. Prima ipotesi: scomparsa del padre, rimanendo presente la madre. La patria potestà si trasferisce alla madre. — Con essa costituisce una tutela.
- II. La madre in questa ipotesi in compenso avrà l' usufrutto legale dei beni de' suoi figliuoli. — Discusso con Pizzoni e Demare.
- III. La madre, per l' amministrazione de' beni de' suoi figliuoli, può avere diritti più o meno di quelli che ha per l' amministrazione de' suoi propri beni.
- IV. Ma non ha giammai il medesimo diritto di potestà che ha il padre.

I.—La legge non tratta qui che della scomparsa del padre, la quale suppone che avvenga vivente e presente la madre. È questa la prima delle tre ipotesi che testè abbiamo indicato.

La patria potestà in questo caso si trasferisce nella madre la quale è tenuta di aver cura, come il sarebbe il padre se fosse presente, e dell' educazione del figlio e dell' amministrazione de' beni che costui potrebbe avere.

Il potere che qui si concede alla madre non è una tutela; imperocchè la tutela ha luogo alla morte del padre o della madre d' un figlio minore (art. 390 (2)), e nel caso in parola niuno de' due genitori è morto.

II.—La legge nell' art. 381 [298 (3)], al

colo 298 delle nostre leggi civili fu modificato nel seguente modo: — « Il padre avrà l' usufrutto de' » beni del figlio fino a che costui non giunga all' età di diciotto anni compiuti, o sino all' emancipazione che potesse aver luogo prima di questa » età.

» Quando il padre sia premorto, la madre » avrà la metà di questo usufrutto sino a che il » figlio non giunga alla maggiore età, o sia emancipato ». (Nota del traduttore.)

(1) Vedi la nota (2) pag. 245 (Nota del traduttore.).

(2) L' art. 390 del codice napoleone non fu riprodotto nelle nostre leggi civili, per le ragioni che diremo a luogo proprio. (Nota del traduttore.)

(3) L' art. 381 francese accorda al padre durante il matrimonio, e dopo lo scioglimento di questo al coniuge superstite, l' usufrutto de' beni de' suoi figli; finchè questi sieno giunti a diciotto anni compiuti, o sino all' emancipazione che potesse aver luogo prima dell' età di diciotto anni. L' arti-

titolo della patria potestà, come compenso delle cure e delle fatiche che richiedono l'educazione de' figli e l'amministrazione dei loro beni, concede a colui che ne è incaricato il godimento di questi medesimi beni, finchè il figlio non sia pervenuto all'età di anni diciotto o sia stato emancipato. Nel caso nostro adunque tale usufrutto legale spettar deve alla madre, alla quale sono confidate siffatte cure (1).

Indarno si direbbe, come han fatto Plasmán (p. 305) e Demante (*Encicl.*, n. 152), giudicamento argomentando dalla lettera dell'art. 384 [298], che tale godimento durante il matrimonio appartiene al padre, e che non si trasferisca alla madre se non dopo lo scioglimento del matrimonio. Ragionando in tal modo non si penetra nello spirito della legge. Se l'art. 384 [298] ha disposto che siffatto godimento spetti al padre durante il matrimonio, lo ha fatto perchè l'art. 373 [289] aveva statuito che il solo padre durante il matrimonio esercitava la patria potestà su i figli. L'uno e l'altro articolo avevano preveduto quel che ordinariamente suole avvenire: *De eo quod plerumque fit statuit lex*. Ma quando per eccezione e malgrado l'art. 373 [289] la patria potestà si eserciterà dalla madre anche durante il matrimonio, allora il godimento che ne è la conseguenza dovrà per eccezione e malgrado l'art. 384 [298] spettare similmente alla madre anche durante il matrimonio: *Ubi onus, ibi emolumentum esse debet* (2).

Del resto se la madre era maritata sotto il

regime della comunione, è chiaro che ella non potrebbe appropriare a sè tali frutti, perchè ricadrebbero nella comunione in forza del principio dell'art. 1401 (3) il quale a questa attribuisce tutti gli effetti mobiliari che pervengono ai coniugi durante il matrimonio.

III. — La madre potrà fare, pe' suoi figliuoli, atti di amministrazione che far non potrebbe per sè medesima sotto qualsiasi regime matrimoniale ella viva. Una donna in fatti è in sè stessa capace quanto un uomo; se ella è soggetta a qualche incapacità, lo è ne' suoi rapporti con suo marito al cui potere la legge la sottopone, e relativamente al regime dal quale sono regolati i suoi beni. Dal momento dunque ch'ella agisce indipendentemente da cotali rapporti, ella ricupera tutta la capacità sua, e però non deve recar meraviglia che abbia, per l'amministrazione de' beni de' suoi figliuoli, poteri più estesi di quelli che riguardano l'amministrazione de' suoi propri beni.

IV. — Tuttavolta la madre, in quanto al diritto di punizione, ha minori poteri di quelli attribuiti al padre. I suoi diritti in fatti nel nostro caso di assenza di costui non potrebbero essere maggiori di quelli che ella avrebbe, se, morto il padre, esercitar dovesse difinitivamente la patria potestà; e ravvicinando gli art. 376 e 377 [303 e 304] all'art. 381 [287] si trova che anche in quest'ultima ipotesi il diritto di punizione è più limitato in lei di quel che lo era nel genitore (4).

(1) Presso di noi quest'usufrutto legale andrà proporzionato per la madre secondo il dettato dell'art. 298 testè trascritto primo comma, ovvero secondo comma? In altri termini più chiari; posta la diversità che la legge pone tra il padre e la madre in accordar loro l'usufrutto legale, concedendo al primo la totalità dell'usufrutto de' beni del figlio, innocchè costui non giunga a diciotto anni compiuti, ed alla seconda, in caso di premorienza del primo, la metà di detto usufrutto fino alla maggioranza del figlio; assentendosi il padre, la madre che per l'art. 145 II. cc. avrà la cura dei figli minori ed eserciterà tutti i diritti del marito relativamente all'educazione ed amministrazione de' loro beni, avrà la totalità dell'usufrutto che la legge accorda al padre, ovvero la metà dalla legge concessa? Noi crediamo che in questo caso alla madre spettasse la totalità dell'usufrutto dei beni de' figli minori, e la ragione si è che ella viene a stare nel luogo del marito assente e ad esercitare tutti i diritti che a costui competono. — Ma se il padre prima della sua assenza fosse stato privato dell'usufrutto legale o per la sua indegnità, art. 653 II. cc. o per condanna riportata per aver eccitato, favorito o facilitato la corruzione de' figli, art. 332 *leg. pen.*; la madre, rendutosi assente il marito, tostochè ella è messa dalla legge nel posto di lui, percepirà nessun usufrutto?

Che la madre nella fattispecie non potrà avere l'usufrutto del padre è chiaro pel noto brocardo che *nemo dat quod non habet*. Ma d'altra parte è chiaro altresì che il padre perde per pena in questi casi l'usufrutto legale, e la pena non colpisce altri che la sola individual persona del reo, art. 1 *leg. pen.* Laonde la sarebbe ingiusta cosa il negare alla madre qualunque usufrutto, e quindi pensiamo che le si dovesse l'usufrutto che proprio *jure* prende per l'art. 298 II. cc. 2. comma; e la ragione si è che l'usufrutto è concesso non pure a titolo lucrativo, ma eziandio a titolo d'indennità per le cure che i genitori prestano ai figli; in altri termini, l'usufrutto legale è annesso alla patria potestà, e sol perchè il padre per sua causa ha perduta questa parte della patria potestà, non ne conseguiva che la debba perdere anche la madre, la quale in questo caso viene per dritto proprio a prendere l'usufrutto legale che la legge le accorda. (*Nota del traduttore*).

(2) Delvincourt, Duranton (I, 521), de Moly (p. 111), Magnin (I, 113).

(3) Soppresso nelle nostre leggi civili. (*Nota del traduttore*).

(4) Vedi il real decreto del 25 settembre 1828 art. 5, 6, 7, 8 che riporteremo allorchando parleremo de' matrimoni clandestini, col quale è disposto che il padre o l'avo paterno, ed in man-

N. B. — Non si obblii che quest' art. 111 [113], come gli altri due del presente capitolo, si riferisce soltanto alla presunzione di assenza. Pronunziata la dichiarazione di assenza, si applicano altre misure, come in seguito mostreremo.

143 [146]. Sei mesi dopo la sparizione del padre, se la madre era morta quando la sparizione avvenne, o se venisse a morire prima che fosse stata dichiarata l'assenza del padre, il consiglio di famiglia delegherà la cura de' figliuoli agli ascendenti più prossimi, e questi mancando, ad un tutore provvisorio (1).

SOMMARIO.

- I. Seconda ipotesi: scomparsa del padre preceduta o seguita dalla morte della madre. L'articolo si applica del pari alla scomparsa della madre, purchè avvenga in occasione reciproca.
- II. Cautiva redazione dell'articolo.
- III. La quarta ipotesi ha luogo una vera tutela. Caso nel quale la sparizione del padre non produrrebbe nessun « effetto ».
- IV. Il presente articolo, relativamente alla facoltà che concede al consiglio di famiglia di nominar l'ascendente, dev'essere modificato per l'art. 468 (323).
- V. Perchè la legge non permette di assumere il provvedimento di cui parliamo se non nei mesi dopo la scomparsa? — Siffatto periodo di tempo è necessario computarlo dal dì della notizia ricevuta come da quella della scomparsa. Che se è de' figli durante tale intervallo?
- VI. Se il padre ritorna, riprende la tutela.
- VII. Terza ipotesi: non preceduta dalla legge, scomparsa della madre dopo quella del padre.

I. — Quest' articolo prevede la seconda ipotesi che precedentemente abbiamo indicata, quella cioè nella quale la madre fosse morta al tempo della scomparsa del padre, o morisse prima della sentenza di dichiarazione d'assenza.

Noi vedremo nell'articolo che segue, n° II, 2° e 3°, che quantunque il presente articolo non parli che della scomparsa del padre, pure si applica altresì a quella della madre, purchè avvenga nelle condizioni istesse; e vedremo anziandio che tutto quel che diremo per ispie-

ganza la madre, ha la facoltà di far detenere in qualche casa religiosa per un tempo non maggiore di sei mesi il figlio che ha bisogno del suo consenso pel matrimonio, qualora tema che lo voglia contrarre clandestinamente. Siccome nell'articolo 8 di detto decreto è scritto che « la madre sopravvivenente al padre ed all'aveo paterno, e non rimarritata, qualora sia necessario il suo consenso alla legittima contrattazione del matrimonio, non potrà far arrestare il figlio o la figlia nel caso dell'art. 5 se non coll'assenso di due de' più prossimi parenti paterni, ed in loro mancanza di due amici, e purchè il presidente del tribunale civile, udito il procuratore del Re, creda poter accordare l'arresto nel tempo che stimerà fra l'emancipato periodo di sei mesi »; e così non ostante che qui nel caso d'assenza la madre venisse ad occupare il posto del padre, pure, crediamo, che nel caso

garlo sarebbe del pari applicabile se fosse la madre quella che sia scomparsa.

II. — L'articolo ci fa conoscere che in questo caso il provvedimento per esso indicato sarà attuato *sei mesi dopo l'allontanamento del padre*.

Egli è questo un vizio di redazione molto grossolano in verità, ma che però non ingenera difficoltà di sorta. Egli è evidente che se la circostanza preveduta dall'articolo, vale a dire la morte della madre, avviene due, tre o quattro anni dopo la scomparsa del padre, il provvedimento il quale non potrà recarsi in atto se non verificandosi tal caso della morte della madre, non potrà certo aver effetto sei mesi dopo la scomparsa del genitore.

Faccia pertanto mestieri di dire dapprima: « Se la madre fosse morta al tempo della » scomparsa, o se, ecc., » e poi aggiungere: « In tutti i casi, siffatto provvedimento non » potrà attuarsi se non sieno trascorsi alme- » no sei mesi dalla scomparsa. »

III. — Nel caso del nostro articolo la è una vera tutela che ha luogo. Dice esso, in fatti, che in mancanza di ascendenti la cura dei minori sarà affidata a un tutore provvisorio. Del rimanente l'articolo trovasi qui in armonia coi principj generali, perchè suppone morta la madre, ed è appunto per la premorienza del padre o della madre che s'instituisce la tutela (art. 390) (2).

Vero è che allora, stando alle regole ordinarie, la tutela dovrebbe appartenere (medesimo art. 390) al coniuge sopravvivenente, e conseguentemente spetterebbe al padre, la cui morte non è nè provata nè presunta. di assumere ovvero conservare la qualità di tutore (assumere, se la madre muore e quindi la tutela s'instituisce dopo la sua scomparsa; conservare, se era morta prima che tale scomparsa fosse avvenuta, chè allora egli era già tutore allorchè si è assentato). Ma questo non poteva aver luogo; non poteva la legge nè

previsto da questo decreto la madre, soì perchè rivestita dell'autorità paterna, non possa chiedere l'arresto del figlio che ne' modi qui espressi dall'art. 8 del citato decreto; e la ragione, crediamo che sia, che questi son dritti personali i quali non possono per qualsiasi caso trasferirsi in alcuno. (Nota del traduttore).

(1) Il nostro articolo 146 senza punto cambiare il senso dell'articolo francese, fu redatto nel seguente modo: — « Sei mesi dopo l'allontanamento » del padre, se a quell'epoca fosse morta la ma- » dre, o venisse a morire prima che sia stata di- » chiarata l'assenza del padre, la cura de' figli » verrà dal consiglio di famiglia conferita agli » ascendenti più prossimi, ed in mancanza di que- » sti, ad un tutore provvisorio. (Nota del tra- » duttore).

(2) V. la nota (1) pag. 246. (Nota del traduttore).

coaccedere, nè mantenere in un assente le funzioni di tutore, le quali per la loro stessa natura esigono imperiosamente la presenza di colui che ne è rivestito. Il perchè per l'art. 424 [316] ogni qual volta un tutore si rende assente, è ingiunto al tutore surrogato di provocare la nomina d'un nuovo tutore, come se quello assente fosse morto. Qui, dunque, che il padre è assente, la tutela sarà trasferita, come se egli più non vivesse, negli ascendenti se ve ne esistano, e quando no nell'individuo che il consiglio di famiglia denoterà.

Poichè dunque ha luogo una vera tutela nel nostro caso, così farà mestieri applicare le disposizioni contenute nel Codice per le tutele, e che trovansi particolarizzate al titolo X, cap. 2, art. 389 [312] e seguenti. Dovrassi quindi innanzi tutto, giusta l'articolo 420 [312], nominare dal consiglio di famiglia un tutor surrogato.

Se non che può intervenire un caso il quale comechè stesse ne' termini del nostro articolo pure non ne permette l'applicazione.

Per far comprendere codesto caso, è uopo supporre che la morte della madre non abbia seguito ma preceduto la spaziazione del padre. Costui allora è stato chiamato alla tutela prima che si fosse assentato; ed è appunto perchè la legge suppone ch'egli nel momento della partenza trovavasi incaricato della tutela, la quale conseguentemente rimane vacante, che un altro individuo è dalla medesima legge chiamato ad esercitarla. Ma se quel che la legge suppone dee accadere ordinariamente, ciò però non avverrà necessariamente sempre. Può succedere che il padre sia stato escluso dalla tutela o perchè interdetto (art. 442 [365]), o per la sua notoria cattiva condotta o per aver dato nella sua amministrazione prove d'incapacità o d'infedeltà (art. 444 [367]), e che un altro sia venuto in suo luogo ad esercitarla. In questo caso la tutela non rimarrà vacante per la sua spaziazione; quegli che ne sosteneva il carico prima di tale scomparsa lo sosterrà anche dopo, e l'allontanamento del padre per conseguenza non darà luogo ad alcun nuovo provvedimento.

È chiaro che quando la morte della madre e per conseguenza la istituzione della tutela avvengono posteriormente alla scomparsa, il caso che abbiamo testè previsto non potrà intervenire e quindi si farà sempre luogo ad applicar l'articolo.

IV. — Fra la disposizione del nostro articolo e quelle degli art. 402, 403 e 404 [323, 324 e 325], al titolo della tutela, avvi una contraddizione che tiene divisi gli scrittori. Secondo questi art. 402, 403 e 404 [323, 324 e 325], in mancanza della tutela del padre o

della madre, le funzioni di tutore si esercitano, di pieno diritto, dall'ascendente più prossimo. Qual contrario è detto che la cura sarà conferita agli ascendenti (vale a dire ad uno degli ascendenti) dal consiglio di famiglia.

È agevole indicare la causa di sì fatta contraddizione: essa procede dal perchè quando fu redatto il nostro articolo ignoravasi ancora in qual modo sarebbesi organizzato il sistema delle tutele. Tutti convengono in ciò; ma non sono tutti concordi allorchè trattasi di sapere a qual disposizione bisognerà in sostanza attenersi, cioè se al nostro art. 142 [146] o pure all'art. 402 [323]. Parecchi giureconsulti, a quali spiaceva (e bene a ragione) la disposizione onde la legge chiama alla tutela, senza nomina nè approvazione del consiglio di famiglia, l'ascendente di tal grado o di tal qualità, non hanno esitato a rispondere che non bisognava dar effetto a codesta chiamata alla cieca di un tutore se non quando mancava un testo di legge che permettesse al consiglio di famiglia di deferire, dopo matura scelta, la tutela. In conseguenza han deciso che era mestieri attenersi al nostro articolo.

Noi non sapremmo conformarci a siffatta decisione, la quale, comechè fondata, senza dubbio, sopra motivi ottimi in legislazione, non sembraci abbastanza fondata in dritto. Se la legge sulla tutela dovesse farsi, olt' allora bisognerebbe, tale è almeno l'opinione nostra, farla secondo il sistema da codesti giureconsulti indicato; ma la legge è fatta e l'istituto opposto è prevalso. Forza è dunque applicare questo sistema benchè cattivo.

Diciamo che il sistema opposto è prevalso nella legge, ed in vero non v'ha chi disconvenga che il difetto di armonia fra gli articoli 142 [146] e 402 [323] derivi per l'appunto dal perchè quando fu dettato il primo ignoravasi ancora qual sistema si adotterebbe per le tutele; ma ora che l'art. 402 [323] palesa la volontà del legislatore su questo proposito, questa volontà dev'essere seguita, e l'istituto opposto, le cui espressioni sono d'altra parte non mediocrement ingarbugliate, perocchè esse chiamano il consiglio di famiglia a deferire la tutela agli ascendenti più prossimi, dovrà spiegarsi e modificarsi secondo l'art. 402 [323].

V. — Affinchè persone estranee non s'immischiassero negli affari del presunto assente immediatamente dopo ch'ei sia scomparso, la legge ha prescritto che prima di recare in atto i provvedimenti stabiliti dal nostro articolo si dovessero aspettar sei mesi dal dì della partenza dell'assente. Decorsi i quali l'incertezza della sua esistenza diviene agli occhi della legge abbastanza grave per

far attuare i provvedimenti denotati nell'articolo.

Nulladimeno è chiaro, senza esservi bisogno di dirlo, che il periodo di tempo durante il quale la legge sospende tali provvedimenti, può anche prolungarsi. Ciò avverrebbe se prima de' sei mesi si ricevessero notizie dell'assente, le quali farebbero cessare la presunzione d'assenza pel tempo anteriore alla loro data, ed i sei mesi d'indugio dal nostro articolo prescritti decorrer dovrebbero da siffatta data. Le espressioni degli art. 115, 120 e 121 [121, 126 e 127], che il legislatore non ha curato di ripetere ogni volta, e le disposizioni altresì degli art. 131 e 132 [137 e 138], per le quali il ritorno dell'assente e la prova della sua esistenza son poste al medesimo livello, denotano abbastanza come ogni qual volta la legge parla del momento della scomparsa faccia mestieri aggiugnere *o delle ultime notizie*.

Durante il tempo che potrà scorrere dalla morte della madre (avvenuta dopo la partenza del padre) o da questa stessa partenza (se la madre è trapassata precedentemente) fino al termine de' mentovati sei mesi, la tutela rimarrà sospesa, e de' figli prenderanno cura i parenti o gli amici a' quali fossero stati confidati dal padre o dalla madre, o che spontaneamente se ne fossero incaricati. Se poi niuno avesse tolto tal cura, allora gli art. 112 e 114 [118 e 120] se non testualmente, almeno secondo il loro spirito, autorizzano il tribunale ed il ministero pubblico ad occuparsene.

VI. — Come si è dovuto notare frequentemente in questo titolo, tutti i provvedimenti che si adottano durante l'assenza sono sempre provvisori e debbono cessare se l'assente ritorna. Dunque allorchè in forza del nostro articolo si sarà dato al figlio un tutore che non è il padre, perchè costui non era presente, il tutore, come dice il medesimo nostro articolo, sarà provvisorio, e se il padre ritorna, spetta a lui ad assumere la tutela cui ha dato luogo la morte della madre.

VII. — Vediamo ora quel che dovrà praticarsi nella terza ipotesi per noi indicata al principio di questo capitolo, e non preveduta dalla legge. Intendiamo dire del caso nel quale la madre sparisse anch'ella dopo essersi assentato il padre.

Alcuni scrittori sostengono che debbasi applicare allora il nostro art. 112 [116], come se la madre, anzichè scomparsa, fosse morta. Noi non sapremmo accomodarci a sì fatta opinione la quale è in opposizione con i principii della legge. La morte del padre o della madre, secondo l'art. 390 (1), dà luogo

è vero alla tutela; ma è tutt'altro nel caso di scomparsa, come il dimostra l'art. 111 [145], il quale punto non parla di tutela, ma lascia continuare la patria potestà dopo l'allontanamento del padre. Affinchè dunque vi sia tutela è uopo che uno de' genitori sia morto, od almeno, come vedremo in seguito al n° V dell'art. 143 [147], che sia stato dichiarato assente.

Dunque anche nella presente ipotesi, come nella precedente, prima di compiersi i sei mesi, i parenti o gli amici prenderanno cura de' figli; ovvero, ove ne cada il bisogno, il tribunale, a richiesta del ministero pubblico, provvederà nel modo che giudicherà acconcio, in forza degli art. 112 e 114 [118 e 120].

143 [147]. — Lo stesso si osserverà quando uno de' coniugi scomparso lascerà figli in età minore nati da un precedente matrimonio.

SOMMARIO.

- I. Quest'articolo oltre non fa che riprodurre nell'altra forma la disposizione dell'articolo precedente.
- II. Specificazione della madre esaminata nelle tre ipotesi reciprocamente quelle delle quali abbiamo precedentemente parlato.
- III. Rassegna del capitolo.
- IV. Effetti della presunzione di assenza, relativamente ai figli maggiori, non esposti dal codice.
- V. Effetti della dichiarazione di assenza, dei pari non esposti dal codice, rispetto ai figli minori.

I. — Quest'articolo, quanto al caso speciale di cui tratta, prevede la scomparsa così del padre come della madre, poichè dice *uno dei coniugi*. Noi continuiamo a parlare della scomparsa del padre, della quale la legge esclusivamente ha finora trattato; parleremo poscia di quella della madre.

La legge, come vedesi, suppone qui che il padre, che è scomparso lasciando figli minori, era maritato in seconde nozze, e si occupa dei figli del primo letto. E per rispetto a costoro, dice che, nel caso in parola, dovrà applicarsi l'articolo precedente. Si fatta proposizione nulla di nuovo ci fa conoscere. In fatti, poichè trattasi di figli d'un primo letto, il cui padre si è rimaritato, ne conseguita che la lor madre era morta prima della scomparsa del genitore. Siam dunque ne' precisi termini dell'articolo precedente, e non eravi uopo d'un articolo espresso per dire che quell'articolo doveasi applicare. La esistenza d'una seconda moglie la quale altro non è che un estraneo rispetto ai figliuoli del primo letto, ed alla quale la legge non dà nessun diritto nè sulla persona nè su' beni di que' figliuoli del consorte, non poteva punto impedire d'applicar loro le regole stabilite per essi.

Intendesi, del resto, senza dirlo, che se ol-

(1) Vedi la nota pag. 246 (Nota del traduttore).

tre a' mentovati figli minori d'un primo letto, il padre lasciasse figli del suo secondo matrimonio, a costoro, la cui madre è presente, si applicherebbe la disposizione dell'art. 141 [143]. Se poi in seguito costei morisse anch'essa, sarebbe questo il caso di applicare anche a' figliuoli di lei l'art. 142 [146].

II. — Facciamoci ora a parlare della scomparsa della madre, della quale la legge non ne parla che qui è solo implicitamente, ed esaminiamo ciascuna delle tre ipotesi che abbiamo dovuto prevedere per la sparizione del padre.

1. *Ipotesi. Scomparsa della madre, continuando il padre a vivere ed esser presente.*

Abbiamo già detto che secondo gli articoli 372 [289] e 390 (1) la patria potestà propriamente detta dura fino alla tutela, vale a dire fino alla morte (o dichiarazione d'assenza) d'uno de' coniugi, e che questa potestà appartiene al solo padre finchè è presente. La scomparsa della madre non produrrà dunque nessuna mutazione (salvo però gli effetti che cagionerà in prosieguo la dichiarazione d'assenza, se l'incertezza si prolunga tanto che faccia pronunziar tale dichiarazione).

2. *Ipotesi. Scomparsa della madre, preceduta o seguita dalla morte del padre prima di dichiararsi l'assenza.*

In questa ipotesi, la scomparsa della madre produrrà i medesimi effetti che produrrebbe nelle identiche circostanze quella del padre.

Primieramente abbiamo, pel caso in cui la madre vedova si è rimaritata, il testo medesimo della legge il quale dice nel nostro articolo 143 [147] che bisognerà applicare la disposizione dell'art. 142 [146] se uno de' due coniugi, sia la madre sia il padre, lascia figli minori d'un primo letto. Ond'è che in questo caso la tutela, che ha luogo per la morte del padre, spetterà all'ascendente più prossimo, od, in mancanza d'ascendenti, dal consiglio di famiglia si conferirà a qualsiasi altro individuo.

Questo medesimo art. 143 [147] prescrive inoltre, letteralmente, d'applicare l'art. 142 [146] non solo al caso in cui la madre scomparsa sia vedova non rimaritata, ma anche in quello in cui il padre, vivente al tempo della scomparsa della moglie, muoia prima di dichiararsi l'assenza di costei. Di fatti quest'art. 143 [147] non ci si offre come contenente una nuova disposizione; esso dice che nel caso di cui parla dovrà *agirsi come in quello previsto dall'articolo precedente*, additandoci in tal guisa che ciò che esso prescrive per questo caso è per l'appunto quel

tanto che egli vuole che si pratichi pel caso dell'art. 142 [146].

Ond'è che mediante quest'art. 143 [147] si scopre facilmente, ad onta del silenzio serbato fin qui dal legislatore, la sua volontà d'applicare, nell'ipotesi per lui prevista, l'art. 142 [146] non pure alla scomparsa della madre, ma anche a quella del padre. In questo caso dunque, conformemente al mentovato art. 142 [146] si conferirà la tutela agli ascendenti od in loro mancanza a qualunque altro parente od estraneo; nè ciò potrà praticarsi, sempre giusta i termini del ripetuto art. 142 [146], se non che sei mesi dopo la scomparsa della madre.

Giova far qui un'osservazione simile a quella che abbiamo fatta nel n° III dell'articolo 142 [146], pel caso in cui la morte della madre avesse preceduto l'allontanamento del padre. Abbiamo veduto come in tal caso per tanto farebbesi luogo ad applicare il nostro articolo, per quanto il padre al tempo della sua scomparsa trovavasi di esercitar la tutela, la quale per siffatta scomparsa diveniva vacante. Alla stessa maniera qui, quando la morte del padre abbia preceduto la scomparsa della madre, l'articolo di che favelliamo per tanto potrà applicarsi per quanto la madre (rimaritata o no) trovavasi di esercitar la tutela allorchè scomparve.

3. *Ipotesi. Scomparsa della madre alla quale tien dietro, prima che la sua dichiarazione di assenza sia pronunziata, la scomparsa del padre.*

Abbiam veduto sotto l'articolo precedente, n.° VI che quando alla scomparsa del padre tien dietro quella della madre punto non si fa luogo ad instituir la tutela, e che il solo mezzo offerto in questo caso dalla legge consiste nell'invocar l'applicazione degli art. 112 e 114 [118 e 120] e fare che il tribunale provveda alla cura de' figliuoli. Lo stesso evidentemente avviene nella nostra ipotesi, conciossiachè la condizione delle cose è qui non pure simile ma identicamente la stessa. Abbiamo, in fatti, nell'uno come nell'altro caso un padre ed una madre presunti assenti entrambi.

Si dovrà dunque in questa come nella seconda ipotesi applicare alla scomparsa della madre tutto ciò ch'è stato prescritto nell'articolo precedente per quella del padre. La prima ipotesi pertanto cioè quella in cui il coniuge che scompare e lascia l'altro coniuge presente, è la sola che ingenera diversità secondo che il coniuge assente sia il marito ovvero la moglie.

III. — Per riassumere le spiegazioni che abbiamo date in questo capitolo IV, basterà dire:

Che quando un coniuge avente figli minori

(1) Vedi la nota pag. 246. (Nota del traduttore).

è in presunzione di assenza, tre casi possono avvenire: o l'altro coniuge è rimasto presente, o è morto, o pure egli stesso trovasi in presunzione di assenza (potrebbe aneb'essere assente dichiarato; ma noi trattiamo qui soltanto della presunzione d'assenza, riserbando poi d'indicare in seguito gli effetti della dichiarazione).

1.° Quando l'altro coniuge è presente, è uopo distinguere se sia il marito o la moglie. Se è rimasto il marito, costui conserva l'autorità che avea, e non è apportato alcun mutamento allo stato anteriore delle cose. Se poi è la moglie, la legge trasferisce in lei il potere che avea il marito, ed a lei spetta la cura de' figli e l'amministrazione de' loro beni.

2.° Quando un coniuge è in presunzione di assenza e l'altro è morto, allora per effetto della morte di costui ha luogo la tutela de' figli. Ma siccome le funzioni di tutore che dovrebbero spettare all'altro coniuge non possono esercitarsi da un assente, così la tutela sarà data o al più prossimo ascendente od a colui che è nominato dal consiglio di famiglia. Nondimeno codesto provvedimento potrà recarsi in atto purché sieno trascorsi sei mesi dalla scomparsa e non sia pervenuta alcuna notizia. Durante questo periodo di tempo i provvedimenti cui le circostanze reclamano potrebbero saranno dal tribunale adottati.

3.° Quando finalmente avvi presunzione di assenza per entrambi i coniugi, allora benanche fa mestieri rivolgersi al tribunale affinché provveda all'urgenza, fino a che la dichiarazione di assenza dell'uno o dell'altro de' coniugi non dia luogo alla tutela.

IV. — La legge in tutto il nostro capitolo parla solo de' figli minori: in fatti se i figli lasciati fossero maggiori, la scomparsa di un coniuge o d'ambidue sarebbe pressochè indifferente. Giunto alla maggior età, il figlio divien padrone de' suoi beni e quasi della sua persona. Diciamo quasi, imperocchè anche dopo la maggior età la patria potestà produce un effetto importantissimo rispetto al matrimonio del figlio maschio, quello cioè d'impedirgli di contrarre matrimonio senza il consenso del padre, o della madre se il padre sia morto o trovasi *nella impossibilità di manifestare la propria volontà*, od in fine degli avoli o delle avole, se entrambi i genitori sieno o morti o nella impossibilità di manifestare la loro volontà (art. 148, 149 e 150 [163, 164]). (1). Qui forse dunque si presenta la quistione se il coniuge presunto as-

sente debbasi reputare come nell'impossibilità di manifestare la sua volontà; quistione che risolveremo in seguito quando spiegheremo i tre articoli testè citati.

È ben inteso però che trattasi di *figli*, imperocchè per le figlie il consenso non è necessario dopo la maggior età (art. 148 [163]).

V. — Ci rimane ora a vedere quali saranno gli effetti della dichiarazione d'assenza rispetto ai figli minori.

L'art. 142 [146] dicendo che il provvedimento da esso indicato si manderà ad effetto quando la madre è morta al tempo della scomparsa del padre o quando ella morisse *prima che sia stata dichiarata l'assenza di costui*, dà manifesta pruova che i tre articoli di cui si compone il capo 4.° non trattano, come abbiamo già notato, che della presunzione d'assenza; e pruova inoltre che secondo il pensiero del legislatore taluni provvedimenti, che non si briga di denotare, dovranno adottarsi al tempo della dichiarazione di assenza. Ma quali sono dunque codesti provvedimenti de' quali la legge tace, perchè apparentemente li suppone conosciuti e li riguarda come una conseguenza naturalissima della sentenza di dichiarazione?

Abbiamo già visto che, secondo la teorica della legge, la dichiarazione d'assenza dà luogo a porre provvisoriamente in atto tutto ciò che definitivamente si farebbe se la morte dell'assente fosse certa. Dunque nel caso in parola si darà luogo a conferir la tutela, come si farebbe in caso di morte, e conferirla secondo le regole stabilite in appresso, al titolo X, capo 2.° Così dunque la tutela avrà sempre luogo o che sia stato dichiarato assente il padre, ovvero la madre.

Avvi però un caso in cui potrà rimaner sospesa; ed è quello nel quale il consorte del dichiarato assente trovasi egli stesso in presunzione d'assenza. Ed in vero, alla dichiarazione d'assenza di un coniuge non potrebbero attribuirsi maggior effetto di quello che si attribuisce alla sua morte. Or secondo l'art. 142 [146], quando l'uno de' coniugi è morto e l'altro trovasi in presunzione d'assenza, non è che dopo sei mesi decorsi senza notizie, dal dì della scomparsa di quest'ultimo, che può esser conferita la tutela o agli ascendenti o a qualunque altro individuo.

Del resto, non perchè la dichiarazione d'assenza abbia per effetto di permettere provvisoriamente tutto ciò che si farebbe definitivamente se la morte dell'assente fosse certa; e non perchè permetta in conseguenza di

(1) Gli articoli 149 e 150 del codice francese nella codificazione delle nostre leggi furono fusi nel solo articolo 164, che fu redatto nel seguente modo: *Se il padre è morto, o se trovasi nella im-*

possibilità di manifestare la sua volontà, l'avo puterno e la madre subentrano nel dì lui luogo. Però nel caso di dissenso quello dell'avo sempre prevale. (Nota del traduttore).

conferirsi provvisoriamente la tutela, bisogna conchiuderne che per l'assenza dichiarata d'uno de' coniugi si darà sempre e necessariamente luogo alla tutela. Noi abbiamo in fatti veduto sotto l'art. 124 [130] che quando l'assente lascia un consorte col quale è maritato sotto il regime della comunione, la legge offre a costui un mezzo facile di arginare gli effetti della dichiarazione d'assenza e di far sorgere una presunzione di vita la quale distrugge quella di morte che senza tal mezzo sarebbe risultata da sì fatta dichiarazione; intendiamo parlare della facoltà che ha il coniuge presente di ottare per la continuazione della comunione. Se dunque un coniuge, or ora dichiarato assente, e che lascia figli minori, lascia altresì un consorte col quale viveva in comunione di beni ed al quale appartengono eziandio i mentovati figliuoli minorenni, si oggierà allora relativamente al punto che trattiamo, distinguere se questo coniuge presente sceglia la continuazione ovvero lo scioglimento della comunione. Se elige lo scioglimento, la dichiarazione d'assenza produce tutti i suoi effetti, e quindi debbonsi provvisoriamente applicare tutti i provvedimenti che si praticerebbero se l'assente fosse morto; dunque ha luogo la tutela ed il consorte in qualità di tutore avrà la cura de' suoi figli minori e l'amministrazione de' loro beni, il che l'obbligherà a sottoporsi a quanto trovasi prescritto nel seguente titolo X; bisognerà, per esempio, che gli si dia un tutore surrogato. Se poi elige di continuare nella comunione, l'assente per effetto di tale scelta reputasi sempre vivente; la tutela non ha luogo, ed il consorte conserva la cura e l'amministrazione come colui che esercita la patria potestà, che ha sempre avuta, se questo coniuge presente è il padre, e che per virtù dell'art. 141 [145] si è trasferita in lui nel momento della scomparsa del padre, se questo coniuge presente è la madre.

Ma quid se la comunione non comprendendo tutti i beni dell'assente, avvi nel tempo stesso e continuazione di comunione per i beni che le sono sottoposti, ed immissione provvisoria in possesso per quelli su quali essa non si estende? . . . In questa ipotesi, come si è già veduto, vi è nel tempo medesimo presunzione di vita e presunzione di morte; perchè la dichiarazione d'assenza produce tutti i suoi effetti quanto ai beni non compresi nella comunione. Per questi beni dunque vi sarà tutela ed il coniuge presente è tenuto a far nominare un tutore surrogato.

Si fatta risoluzione non è, come a primo

aspetto potrebbe credersi, in opposizione con quella che abbiamo emessa spiegando l'art. 124 [130] n° XIV, ove dicemmo che quando interveniva nel tempo stesso amministrazione legale del coniuge presente ed immissione provvisoria in possesso, costui non potrebbe pretendere da una parte i beni della comunione che continua ad esistere in virtù della presunzione di vita, e dall'altra i suoi lucri di sopravvivenza come immesso in possesso in forza della presunzione di morte. In quest'ultimo caso in fatti sarebbe il coniuge istesso il quale facendosi da una parte a chiedere la presunzione di vita, asserirebbe dall'altra che l'assente dovesse presumersi morto; il che lo porrebbe in contraddizione con sè medesimo. Ma qual per l'opposto mentre il coniuge invoca la presunzione di vita, egli è pe' figliuoli, i quali hanno un interesse contrario, che la presunzione di morte è invocata. La qual presunzione deve, per rispetto ad essi che non han chiesto la presunzione di vita, sortire tutto il suo effetto, e però deve aver luogo la tutela in quanto ai beni nel possesso de' quali egli sono immessi.

APPENDICE

DE' MILITARI ASSENTI.

L'assenza de' militari ha dato luogo, prima e dopo il codice civile, a disposizioni di eccezione che costituiscono per essi una legislazione speciale, abrogata in parte è vero, ma che intanto torna utile a conoscersi (1).

Si fatte disposizioni si contengono in quattro leggi di cui presenteremo qui un' analisi succinta.

La prima è dell'11 ventoso anno II (1° marzo 1794);

La seconda, del 16 fruttidoro anno II (2 settembre 1794);

La terza, del 6 brumaio anno V (27 ottobre 1796);

L'ultima del 13 gennajo 1817.

Le prime tre di queste leggi, anteriori alla pubblicazione del codice civile, e dal medesimo non abrogate come dimostreremo or ora, avevano per scopo di proteggere in un modo tutto speciale i militari e gli altri cittadini addetti al servizio delle milizie.

§ 1.° — Leggi di ventoso e fruttidoro anno II.

Secondo la legge dell'11 ventoso anno II, allorchè aprivasi una successione cui era chiamato un militare, il giudice di pace che

del dritto comune la questo titolo dettate dal nostro legislatore. (Nota del traduttore).

(1) Presso noi non vi sono leggi particolari per i militari assenti, i quali sottostanno alle regole

avea apposto i suggelli era tenuto a dargliene notizia se conosceva il corpo al quale era aggregato, e darne conoscenza ancora al ministro della guerra affinché costui ne avvisasse il militare (art. 1). Se nel periodo d'un mese l'assente non dava di sé notizie e non ispediva procura, l'agente nazionale (oggi il *maire*) del comune nel quale la successione erasi aperta doveva convocare un consiglio di famiglia a fin di nominare un curatore all'assente. Si fatto curatore era tenuto a far togliere i suggelli ed amministrare i beni della successione o della quota toccata al militare assente, per rendergliene conto se ritornava (art. 3 e 4).

La legge del 16 fruttidoro anno II estende tali disposizioni della legge di ventoso a tutti i cittadini addetti al servizio delle milizie. Noi dunque sulla legge del 16 fruttidoro che si confonde con quella di ventoso nulla abbiamo da dire di particolare.

Non sono d'accordo però gli scrittori sul senso di questa legge di ventoso anno II, nè sulla questione se essa è ancora in vigore oggidì. Primamente, quanto al senso non può cader dubbio che si fatta legge faccia eccezione al principio fermato dagli art. 135 e 136 [141 e 142]; ma fin dove si estende codesta eccezione? Qui precisamente comincia il dispartire. Gli art. 135 e 136 [141 e 142] prescrivono che quando un individuo, sull'esistenza del quale avvi incertezza, è chiamato ad una successione, deesi presumere morto fino a che non si dimostrerà il contrario; di guisa che fino a si fatta pruova si può agire come se la sua morte fosse certa. La successione dunque si raccoglierà in questa ipotesi da coloro che l'avrebbero raccolta in sua mancanza. Alcuni scrittori credono che la legge di ventoso anno II stabilisse al contrario pel militare assente una presunzione d'esistenza in forza della quale potevasi, senza dimostrare che il militare esisteva al tempo dell'apertura della successione, reclamare in suo nome la porzione toccatagli in tale successione. Un arresto di cassazione del 9 marzo 1819 sembra sorreggere questa interpretazione; tuttavia nulla avvi di esplicito intorno a ciò.

Che che ne sia di tale arresto, cotale interpretazione della legge di ventoso ci sembra erronea. Senza dubbio si fatta legge non ammetteva la presunzione di morte risultante dagli art. 135 e 136 [141 e 142]; ma secondo noi essa non stabiliva punto in senso opposto la presunzione di vita; lasciava regnare l'incertezza e si limitava ad impedire che altri a cui la successione sarebbe spettata in mancanza del militare assente la raccogliesse. La successione dunque rimaneva per così dire vacante e doveasi amministrare da un

curatore il quale in seguito la restituiva a colui che vi avea diritto. Così, supponiamo una successione alla quale sono chiamati *Primo* presente e *Secondo* militare assente. Applicando gli art. 135 e 136 [141 e 142] *Primo* prenderebbe l'intera successione come se la morte di *Secondo* fosse dimostrata; per contro, giusta la legge di ventoso interpretata nel senso che combattiamo, *Secondo* si presumerebbe vivente ed in conseguenza la metà di tale successione potrebbe reclamare da' suoi rappresentanti; per esempio, da coloro che (dipoi ed in forza d'una dichiarazione posteriore di assenza) avrebbero ottenuto la immissione provvisoria in possesso de' suoi beni. Tale non è secondo noi il senso di questa legge. Giusta le sue disposizioni *Primo* senza dubbio non prenderà che la sua metà; ma l'altra metà in vece di darsi ai rappresentanti di *Secondo* rimarrà per così dire vacante e sarà amministrata da un curatore per meglio assicurarne la restituzione a *Secondo* nel caso che ritornasse. E se costui fosse poi dichiarato assente, la presunzione di morte produrrebbe allora i suoi effetti ordinari risalendo fino al momento della scomparsa, e l'altra metà sarebbe allora parimenti raccolta da *Primo*. Per attribuire alla legge di ventoso anno II un effetto più ampio, per dire con fondamento che essa distrugge ommamente un principio di diritto comune così grave come quello degli art. 135 e 136 [141 e 142], principio preesistente al codice e che i suoi articoli altro non han fatto che sancire, farebbe mestieri che la mentovata legge contenesse su questo punto una sua disposizione esplicita; un'eccezione non si sottintende nè si può giammai estendere oltre i suoi termini.

La legge dell'11 ventoso anno II avea dunque soltanto per obbietto di conservare in un modo speciale e più efficace i diritti eventuali de' militari assenti (1).

Or si fatta legge di ventoso anno II è stata essa abrogata o è ancora in vigore? Le opinioni su questo punto sono divise.

Pretendono alcuni che sia stata abrogata con la pubblicazione del codice; opinione che ha pochissimi partigiani e che in realtà sembraci senza alcun fondamento. La legge dell'11 ventoso anno XII, che ordina riunirsi in un sol corpo le diverse leggi che oggidì compongono il nostro codice civile altro non abroga (art. 7) che le leggi anteriori relative alle medesime materie di cui esso Codice si occupa; or il codice civile, non ha detto neppur una parola de' militari assenti, la posizione de' quali per certo richiede, e

(1) Rouen, 29 gennaio 1817; Nancy, 4° marzo 1817; Bordeaux, 22 maggio 1817.

niuno osorà negarlo, una legislazione speciale. Quel che d'altra parte dimostra non avere il codice civile abrogata questa legge, è un decreto del 16 marzo 1807 col quale si ordinò la pubblicazione della medesima nei dipartimenti transalpini, allora riuniti alla Francia. Altri dicono aver la pace del 1815 abrogata questa legge la quale, secondo essi, era una legge di circostanza i cui effetti dovevano cessare con le guerre che l'avevano fatta proclamare. Altri finalmente sostengono che l'abrogazione sia avvenuta la mercè della legge del 13 gennaio 1817, la quale ha provveduto con nuove disposizioni all'assenza dei militari. (Nimes, 28 gennaio 1823.)

Quanto a noi la legge di ventoso sembraci ancora in vigore oggidì. Primieramente non sapremmo riguardarla come una legge di circostanza. I casi che essa prevede possono a quando a quando verificarsi, nè, certo, si vorrà che qualunque volta si apparecchi una spedizione si vada a chiedere una nuova legge al potere legislativo. D'altra banda la legge del 1817, di cui parleremo fra poco, e che si dice aver abrogata quella di ventoso anno II stabilendo nuove disposizioni per l'assenza de' militari, ha tolto a suo scopo soltanto que' militari che scomparvero nelle guerre del 1792 al 1815, mentre la legge di ventoso anno II prevede ogni caso e passato e futuro. Da ultimo la legge del 1817 altro non fa che indicare mezzi più agevoli che non son quelli prescritti dal Codice per pervenire alla dichiarazione di assenza de' militari dei quali si occupa; ond'è che non provvede al caso stesso cui provvede la legge di ventoso, la quale soltanto è applicabile allorchè l'assenza sia già dichiarata (1).

Così dunque anche oggidì, durante la presunzione di assenza d'un militare, non per le sole successioni apertesi prima ch'egli fosse scomparso, ma per quelle eziandio apertesi dopo, si farà luogo alla nomina di un curatore, il quale, pe' militari, non sarà già un notaio scelto dal tribunale, come praticasi secondo il diritto comune, ma sì veramente un individuo scelto dal consiglio di famiglia.

§ 2. — Legge di brumaio anno V.

La legge del 6 brumaio anno V, legge assolutamente di circostanza siccome lo stesso suo testo dà a dividere, prescriveva nell'interesse de' militari assenti vari provvedimenti, intesi a conservare i loro diritti e le loro proprietà. — Così niuna prescrizione nè perenzione d'istanza è decorsa contro di

loro dal dì della loro partenza sino al termine d'un mese decorso dopo la pubblicazione della pace generale o dopo il conseguimento del congedo assoluto accordato loro. E questo medesimo periodo d'un mese cresceva e poteva estendersi anche a due anni, secondo i luoghi ne' quali trovavasi il militare nel momento della pubblicazione della pace (art. 2). — Così puro le sentenze profferite contro i militari non poteano dar luogo nè a spropriazione, nè ad evizione, e non poteano eseguirsi se non sotto condizione che l'attore desse cauzione di restituire ove facesse mestieri (art. 4 e 5).

Cotesti provvedimenti straordinari sono cessati, com'è ben inteso, col decorrere del tempo prescritto dalla medesima legge, vale a dire col decorrere di un mese (o tutto al più, e per qualcuno soltanto, due anni) dopo la pace generale la quale come è noto fu conclusa a Parigi il 30 maggio 1814. Nondimeno il termine fissato da questa legge di brumaio fu prorogato, con quello del 21 dicembre 1814, fino al 1° aprile 1815 per tutti que' militari che fino alla suddetta epoca del 21 dicembre 1814 non erano ritornati in Francia.

§ 3. — Legge del 1817.

Il gran numero de' militari che erano scomparsi nelle guerre che ebbero luogo dal 1792 al 1815, avea gittato le famiglie e le proprietà in uno stato d'incertezza e di sospensione, che in modo speciale dovea richiamare l'attenzione del legislatore. Il perchè la legge del 13 gennaio 1817 venne a permettere di far pronunziare la loro dichiarazione di assenza con formalità meno difficili ed in un tempo più corto di quello prescritto dal Codice.

1° Secondo il codice la dichiarazione d'assenza d'un individuo non può dimandarsi che dopo quattro anni o pure dieci dal dì della sua partenza o delle sue ultime notizie, secondo che abbia o pur no lasciata una procura (art. 115 e 121 [121 e 127]), e tale dichiarazione non si può pronunziare se non un anno dopo (art. 116 e 119 [122 e 125]), vale a dire dopo cinque od undici anni d'assenza. Al contrario secondo la legge del 13 gennaio 1817 (art. 1), agli eredi d'un militare di terra o di mare, in attività di servizio durante le guerre che ebbero luogo dal 21 aprile 1792 fino al 20 novembre 1815, e che prima di quest'ultima epoca avea cessato d'esser presente al suo corpo ed al luogo del suo domicilio o della sua residenza, fu data facoltà di subito dimandarne la dichiarazione d'assenza.

In gennaio 1817 si è dunque potuta chie-

(1) Conf. soprattutto: Orléans, 12 agosto 1819; Poitiers, 6 luglio 1826; Bordò 20 novembre 1826.

dere la dichiarazione di assenza anche per que' militari che erano scomparsi in ottobre o novembre 1815, vale a dire dopo soli quattordici mesi dal dì della loro scomparsa; ed un anno dopo si è potuto pronunziare sì fatta dichiarazione. Se non che bisognava che non si fosse trattato d'un militare il quale avea fatto parte d'un corpo o d'un equipaggio che serviva fuori l'Europa, poichè in questo caso la dichiarazione non potevasi pronunziare se non dopo quattro anni dal dì della sparizione (art. 4). Così un militare, avvegnachè lasciato avesse una procura, ha potuto, se il suo corpo prestava servizio in Europa, essere dichiarato assente, in forza dell'art. 4 di questa legge, dopo due soli anni e due mesi dal dì del suo allontanamento; mentre secondo il codice civile non avrebbe potuto esserlo se non dopo undici anni di assenza senza notizie. Ben vero in questa ipotesi d'una procura, gl'immessi in possesso sarebbero tenuti, se l'assente ritornasse, a restituire la *totalità* de' frutti percepiti durante i primi dieci anni d'assenza (art. 9).

2° Le indagini richieste dal Codice civile (art. 116 [122]) non sono, pel medesimo art. 4 della legge di gennajo 1817, che facoltative pel tribunale rispetto ai militari di cui si occupa sì fatta legge.

3° La pubblicità mediante inserzione nel *Monitore*, richiesta dall'art. 118 [121] del codice per la sentenza che pronunzia l'assenza, non è prescritta dalla legge del 1817. Non lo è neppure per la sentenza che ordinasse indagini, se il tribunale avesse creduto acconcio di farne, invece essa è prescritta (art. 2) per la *dimanda* di dichiarazione, per la quale dimanda la pubblicità in parola non è imposta dal codice.

La facoltà accordata dall'art. 5 della legge di gennajo 1817 di provare per *via di testimoni* la morte de' militari de' quali essa legge si occupa, da taluni autori è stata reputata una derogazione al codice civile. Noi non dividiamo la loro opinione. In fatti quest'art. 5 permette la prova testimoniale della morte solo quando non si sieno tenuti registri, o che codesti registri si fossero smarriti o distrutti in tutto o in parte, o che in fine la loro compilazione fosse stata interrotta. Or si è veduto (art. 46 [48]) (1) n.° I e II che in queste diverse ipotesi lo stesso codice civile ammette la prova testimoniale. Ed intanto è vero che questo medesimo articolo 5 della legge del 1817 dice che ne' casi da esso preveduti la prova testimoniale della morte potrà ordinarsi conformemente all'art. 46 [48] del codice civile.

(1) Vedi la nota (1) pag. 138. (*Nota del traduttore*).

Come abbiamo veduto, la legge di che trattiamo riguardava solamente i militari che erano scomparsi prima del 20 novembre 1815; coloro dunque che sono scomparsi posteriormente a quel dì sono rimasti e rimangono sottoposti al dritto comune, vale a dire alle disposizioni del codice in quanto alla dichiarazione di assenza (e diciamo in quanto alla dichiarazione di assenza, perchè finchè non sono che presunti assenti bisogna applicar loro la legge dell' 11 ventoso anno II come abbiamo detto più sopra).

RIASSUNTO DEL TITOLO QUARTO.

DEGLI ASSENTI.

I. — Chiamasi *assente* in questo titolo l'individuo sull'esistenza del quale si ha una compiuta incertezza, perchè è scomparso senza che si sappia che ne sia di lui, ovvero perchè, essendo partito scienti i suoi parenti od amici, abbia di un tratto cessato di dar notizie di sè. Ma questo non è, che il significato generico della voce *assente*; nel fatto cotale appellazione più specialmente si dà a colui la cui assenza è stata dichiarata con un' espressa sentenza; gli altri son chiamati semplicemente *presunti assenti*.

L'assenza produce effetti differenti secondo che essa è stata dichiarata o non è che presunta. Nulladimeno alcuni effetti sono comuni così alla presunzione come alla dichiarazione d'assenza. L'assenza de' militari dà luogo a varj provvedimenti del tutto particolari.

In conseguenza quel che diremo per riassumere questo titolo sarà da noi diviso in quattro capitoli.

Il primo tratterà della presunzione di assenza e de' suoi effetti;

Il secondo, della dichiarazione di assenza e de' suoi effetti;

Il terzo, delle disposizioni comuni alla presunzione ed alla dichiarazione d'assenza;

Il quarto, delle regole speciali indicate dalla legge per l'assenza de' militari.

CAPO PRIMO.

DELLA PRESUNZIONE D'ASSENZA E DE' SUOI EFFETTI.

II. — Un individuo è in presunzione d'assenza dal momento che vi ha incertezza sulla

sua esistenza. Spetta ai tribunali a constatare tale incertezza (1).

La presunzione d'assenza cessa dunque quando l'incertezza cessa, e cessa del pari

(1) La seguente questione avrebbe dovuto andar discussa sotto l'art. 146-122; ma qui presentandosi di nuovo l'opportunità non crediamo trasandarla, atteso la sua importanza.

Allorché per l'art. 467 delle nostre leggi di procedura ne giudici penali un individuo è stato ascritto nell'albo de' rei assenti, questa iscrizione fa sì che il tribunale civile ne debba pronunciare l'assenza a norma dell'art. 421 delle nostre leggi civili, senza prendere le altre informazioni dettate dall'art. 122 delle medesime leggi civili? Noi crediamo che il tribunale civile non possa, senza prendere le informazioni sanzionate dall'art. 422 II. cc., dichiarare l'assenza di un individuo, so perchè costui trovasi ascritto nell'albo de' rei assenti; e la nostra opinione è sostenuta da un celebre arresto di annullamento nell'interesse della legge della nostra Corte Suprema, che qui trascriviamo, pronunciato nel 20 settembre 1845.

« D. Bernardino C. espose al tribunale civile di Aquila che il suo germano D. Carlo C. era stato condannato in contumacia dalla G. C. criminale di quella provincia alla pena di 25 anni di ferri, ed annotato nell'albo de' rei assenti. Che il detto D. Carlo aveva disposto per testamento de' suoi beni a favore dell'esponente, che il fatto dell'assenza era comprovato dall'iscrizione nell'albo dei rei assenti, giusta l'art. 467 § 3 pr. pen.; e che inoltre per l'articolo 129 II. cc. aveva egli dritto all'immissione provvisoria ne' beni dell'assente D. Carlo. Quindi chiese: 1.° che si dichiarasse l'assenza di detto D. Carlo; — 2.° che egli fosse immesso nel possesso de' beni del sopradetto assente. Il tribunale fece dritto alla domanda, e la Gran Corte civile rigettando l'appello interposto dal procuratore del Re confermò la sentenza de' primi giudici.

» Di questa decisione, il Procurator generale del Re presso la Corte Suprema chiede l'annullamento con requisitoria concepita ne' seguenti termini:

« Atteso che la questione discussa dalla Corte è se per dichiararsi l'assenza di colui che è stato notato nell'albo de' rei assenti occorrono le informazioni ed altri esami prescritti con gli art. 121 e seguenti delle leggi civili.

« Atteso che la Corte ha ritenuto che ai termini dell'art. 467 pr. pen. la iscrizione nell'albo costituisce un elemento sufficiente per la dichiarazione dell'assenza, e che quindi la disposizione di un tale articolo sia a riguardarsi come un'eccezione alle sanzioni contenute negli espressi articoli delle leggi civili.

« Atteso che nell'art. 467 pr. pen. si stabilisce prima che la parte privata può agire pe' danni ed interessi anche durante l'assenza dell'iscritto nell'albo e che il documento della seguita annotazione serve di titolo in questo giudizio; si sanziona poi con l'ultimo comma, che l'iscrizione nell'albo de' rei assenti costituisce un titolo indubitato della prova dell'assenza, che il giudizio ne' tribunali civili relativamente ai rei assenti sarà fatto colle stesse forme che si praticano ne' giudizi degli assenti, escluse quelle che sono ordinate alla prova dell'assenza e che questa prova si ha per

Marcadé T. I.

compiutamente fatta colla iscrizione nell'albo.

» Che nell'articolo poi 421 e seguenti leggi civili si stabiliscono i diversi elementi, che debbono assicurarsi onde sulla istanza della parte interessata si possa procedere alla dichiarazione di assenza.

» Che se tra questi elementi vi è la prova dell'assenza, essa non costituisce però l'appoggio unico di una tale dichiarazione.

» In effetti bisogna ancora tener presente il tempo dal quale sia taluno scomparso dal suo domicilio, senza che se ne siano più avute notizie, art. 421 II. cc.

» Bisogna esaminare quali sieno i motivi dell'assenza e quali le cause, che han potuto impedire che si abbiano notizie del presunto assente, art. 423 II. cc.

» La sentenza di dichiarazione di assenza non potrà aver luogo se non dopo un anno, da che si saranno ordinate le informazioni, art. 425 II. cc.

» Che da queste disposizioni risulta chiaro, che la legge non accorda il possesso provvisorio se non quando dal concorso di non leggieri probabili si eleva il sospetto della morte dell'assente. Non basta provare che un individuo sia assente per ottenere a suo riguardo la dichiarazione di assenza, occorre bensì che una coincidenza di circostanze la faccia fondatamente supporre morto.

» Che non può dubitarsi che alla presunzione di morte sieno coordinati e la dichiarazione dell'assenza ed il possesso de' beni dell'assente, poiché ciò risulta dalle espresse disposizioni, ed è inoltre confermato da che diminuendo il sospetto della morte dell'assente in ragion diretta della sua età, ed in ragione inversa della di lui preveggenza di ritornare, la legge nel caso che sieno trascorsi cento anni compiuti dalla nascita dell'assente, converte il possesso provvisorio de' di lui beni in definitivo in favore degli eredi presuntivi, articolo 133 II. cc., e quando l'assente abbia lasciato amministratore, il che suppone in lui il pensiero di ritornare, il periodo per emettersi la dichiarazione di assenza resta prolungato, art. 427 II. cc. In fine quasi letteralmente si riconosce nell'art. 130, che il possesso degli eredi presuntivi è dipendente dalla condizione della morte dell'assente.

» Che se col comma 3 dell'art. 467 proced. pen. si stabilisce che la iscrizione nell'albo costituisce un titolo di prova dell'assenza, se per dichiararsi l'assenza non basta tal prova; non occorrono invece tutti quegli altri estremi ed indagini, dal cui risultato deve dipendere la presunzione di morte dell'assente, è chiaro che non esiste nell'articolo 467 eccezione nella regola fissata nelle leggi civili in ordine a ciò che deve praticarsi prima della dichiarazione dell'assenza.

» Che si potrebbe sostenere che la disposizione dell'art. 467, che eleva la iscrizione nell'albo a prova di assenza, è relativa al solo giudizio instuito dalla parte civile pel risarcimento de' danni ed interessi, se altrove le premesse osservazioni non mostrassero, che anche quando la iscrizione nell'albo, prova di assenza in ogni giudizio promosso da qualunque interessato contro del reo assente, non sarebbe però mai a riconoscersi co-

quando le succede l'assenza propriamente detta; ond'è che essa finisce in tre modi: 1° con la prova dell'esistenza; 2° con la prova della morte; 3° con la dichiarazione d'assenza.

Esamineremo ora gli effetti della presunzione d'assenza, 1° rispetto ai beni lasciati dall'assente; 2° rispetto ai figli minori di esso assente.

§ 1. — Effetti della presunzione d'assenza per rispetto ai beni.

III. — Se durante la presunzione d'assenza o non esiste alcun procuratore lasciato dall'assente, o colui che ne ha ricevuto il mandato manca di poteri sufficienti; se, insomma, l'amministrazione de' beni o degli affari ne soffrono danno, i vari interessati (per esempio, i creditori che veggono deperire i beni che formano la lor sicurezza; i locatari che dimandano riparazioni; i soci od i coeredi dell'assente nella liquidazione d'una società o d'una successione), o pure il procuratore della repubblica, in mancanza di parti interessate, possono dirigersi al tribunale affinché ordini i provvedimenti necessari (art. 112 [118 (1)]).

Il tribunale, così a richiesta delle parti interessate come sulla richiesta di ufficio del procuratore della repubblica, potrà ordinare tutti que' provvedimenti che crederà acconci: la legge in questo caso non particolarizza nulla e lascia perciò la più grande facoltà ai giudici. Se però si trattasse d'inventari, di conti, di liquidazioni o divisioni, dovrassi necessariamente a ciò deputare un notaio (art. 113 [119]).

Il tribunale competente ad ordinare i provvedimenti sarà quello del luogo ove son siti i beni pe' quali si chiedono tali provvedimenti, o quello del luogo dello stabilimento della società o dell'apertura della successione. Nulladimeno il fatto tribunale non potrà nulla ordinare, se non dopo che quello del domicilio dell'assente avrà proferita sentenza che dichiara costui esser realmente in presunzione d'assenza (art. 112 [118 (2)]).

me un elemento tale, che da sè solo fosse sufficiente per la dichiarazione di assenza, poichè per una tale dichiarazione non basta la prova dell'assenza, ma è necessario che sia essa basata sulla presunzione della morte dell'assente.

» Considerando in fine, che nello stesso articolo 467 della *proced. pen.* è detto che il giudizio ne' tribunali civili relativamente ai rei assenti sarà fatto con le stesse forme che si praticano ne' giudizi degli assenti, escluse quelle che sono ordinate alla prova dell'assenza. Con ciò si riconosce che ne' giudizi degli assenti la prova dell'assenza non è la sola ricerca.

§ 2. — Effetti della presunzione d'assenza per rispetto ai figli minori dell'assente.

IV. — Quando un presunto assente ha lasciato figli minori, è uopo distinguere tre casi: o 1° il suo consorte è vivente e presente; o 2° questo consorte è morto; o 3° anche costui è in presunzione d'assenza.

1° Quando uno de' coniugi è assente e l'altro presente:

Se la moglie è assente ed il marito presente, questi conserva su' figli la patria potestà che avea, e l'assenza della moglie non produce alcun effetto (art. 143 [147] n° 11); se poi è presente la moglie, l'assenza del marito trasferisce in lei l'autorità che egli esercitava. A lei si appartiene allora l'educazione de' figli e l'amministrazione de' loro beni, ed ha, per sì fatta amministrazione, malgrado la sua qualità di donna maritata, la capacità che avrebbe il marito, salvo però il diritto di punizione il cui esercizio è sempre meno esteso in lei che non nel marito (art. 141 [145]).

In compenso delle cure che in tale ipotesi le sono imposte, ella ha l'usufrutto de' beni de' suoi figliuoli, come l'avea il marito prima di rendersi assente (*ibid*).

2° Quando uno de' genitori è in presunzione d'assenza, e l'altro è morto:

In questo caso ha luogo la tutela (imperciocchè la s'istituisce per la premorienza di uno de' genitori), e non è più necessario distinguere chi de' due coniugi sia assente; ma occorre invece di fare un'altra distinzione. Ed in vero se la tutela trovavasi già istituita prima della scomparsa dell'assente, e trovavasi, per qualsiasi cagione, affidata ad altri che non a lui, è chiaro che allora il suo scomparire non produce effetto di sorta, e la cura de' figli e l'amministrazione de' loro beni continua a rimaner nelle mani del tutore che ne era incaricato quando avvenne la scomparsa. Se poi la morte del consorte dell'assente e per conseguenza l'apertura della tutela avvengono posteriormente alla scomparsa di esso assente, ovvero se la tutela istituita prima di tale scomparsa e-

» Per tali motivi chiede di annullarsi detta decisione nell'interesse della legge. — MICHELE AGRISTÌ.

» La Corte Suprema adottando per considerazioni le osservazioni espresse nella requisitoria del Pubblico Ministero, annulla nell'interesse della legge la sopra citata decisione proferita dalla Gran Corte civile di Aquila nel dì 4 dicembre 1844 ». (*Nota del traduttore*).

(1) Vedi la nota (2) pagina 180. (*Nota del traduttore*).

(2) Vedi la nota precedente. (*Nota del traduttore*).

serciavasi da quel medesimo che è ora assente e quindi è divenuta vacante, dovrà essa allora conferirsi secondo le regole ordinarie.

Ciò non pertanto si fatto conferimento della tutela non può aver luogo se non sieno scorsi sei mesi dopo la scomparsa dell'assente. Durante questi sei mesi dalla legge non è indicato alcun provvedimento speciale, ma è data facoltà al tribunale di ordinar quelli che crederà urgenti (art. 142 e 143 [146 e 147] n° II).

3° Quando ambo i coniugi sono in presunzione d'assenza:

Del pari niun provvedimento speciale è indicato dalla legge, la quale dà soltanto al tribunale la facoltà di cui abbiamo testè parlato (*ibid.*).

CAPITOLO II.

DELLA DICHIARAZIONE D'ASSENZA E DE' SUOI EFFETTI.

V. — La dichiarazione d'assenza può dimandarsi alcuna volta dopo dieci ed alcun altra dopo quattro anni di presunzione d'assenza. Dimandasi dopo dieci anni quando l'assente lasciando una procura ha chiaramente manifestato la idea che non sarebbe ritornato subito; dimandasi dopo quattro anni, quando non ha lasciato alcuna procura (art. 115 e 121 [121 e 127]).

La dichiarazione d'assenza può chiedersi: 1° Da coloro che hanno su' beni dell'assente diritti dipendenti dalla sua morte. In primo luogo sono allogati gli eredi presuntivi al tempo della scomparsa o delle ultime notizie; poscia i donatari di beni che debbono riceverli alla morte dell'assente; i donanti col diritto di reversibilità nel caso di premorienza dell'assente; i semplici proprietari de' beni il cui usufrutto appartiene all'assente, ecc. (art. 120 e 123 [126 e 129]). — 2° Di ufficio, dal procuratore della Repubblica, ove tale provvedimento gli sembrasse tornar utile all'assente.

La dimanda dee dirigersi al tribunale del domicilio dell'assente, il quale può, malgrado il periodo di quattro o dieci anni senza notizie, puramente e semplicemente rigettarla, se esistano circostanze che spieghino o rendano meno strano il silenzio del presunto assente (art. 115-116 [121-122]).

Quando anche il tribunale giudichi doversi accogliere la dimanda, pure esso non può pronunziare immediatamente la dichiarazione di assenza. Ordinerà sentenza che si prendano informazioni così nel circondario del domicilio come in quello della residenza se è conosciuto; e tale sentenza si trasmetterà al ministro della giustizia che la farà pubblicare

inserendola nel *Monitore*. Solo dopo un anno, dalla data di questa prima sentenza, potrà profferirsi quella di dichiarazione d'assenza, eccetto se si fossero avute notizie dell'assente (art. 116, 119 [122, 126]).

La sentenza di dichiarazione d'assenza sarà del pari trasmessa al ministro della giustizia che la farà eziandio pubblicare nel modo testè indicato (art. 118 [124]).

L'assenza propriamente detta, o l'assenza dichiarata che comincia dal momento in cui pronunziassi la sentenza che la dichiara, ha termine col finire l'incertezza dell'esistenza, vale a dire: 1° con la prova dell'esistenza dell'assente; 2° con la prova della sua morte.

Tale assenza si divide in due periodi. Nel primo ha luogo:

1° o l'immissione provvisoria in possesso di tutti i beni dell'assente; o 2° l'amministrazione legale del coniuge presente, anche per tutti i beni dell'assente; o 3° nel tempo stesso rispetto ad una parte de' beni, l'immissione provvisoria in possesso, e per l'altra, l'amministrazione legale del medesimo coniuge.

Nel secondo periodo poi ha luogo un solo provvedimento, ed è l'immissione definitiva in possesso di tutti i beni dell'assente.

SEZIONE PRIMA.

Primo periodo. — 1° o immissione provvisoria in possesso; o 2° amministrazione legale; o 3° simultaneamente immissione provvisoria in possesso ed amministrazione legale.

VI. — L'effetto della dichiarazione di assenza è il supporre l'individuo morto, ed il permettere provvisoriamente tutto ciò che si farebbe definitivamente se la sua morte si fosse avverata al tempo della sua partenza o delle ultime notizie. In conseguenza gli eredi presuntivi dell'assente, al tempo in cui cessò di farsi vedere, i suoi legatari ed ogni altro che su tutti o parte de' suoi beni hanno diritti dipendenti dalla di lui morte, possono farsi immettere nel possesso provvisorio de' beni su cui hanno diritto (art. 120 e 123 [126 e 129]).

Ciò non pertanto avvi un caso nel quale non può aver luogo sì fatta immissione provvisoria in possesso, e si avvera quando l'assente lascia il suo consorte, il quale si maritò con lui sotto il regime della comunione. Questa comunione, se la dichiarazione d'assenza producesse sempre i suoi effetti, si scioglierebbe provvisoriamente; ma la legge accorda al coniuge presente la facoltà di chiedere la continuazione come se fosse provata l'esistenza dell'assente, ed impedire in

tal modo l'immissione in possesso de' diversi interessati (art. 124 [130]).

Quando ciò ha luogo, il conjuge presenta è l'amministratore legale de' beni dell'assente. Tale scelta del conjuge presente e l'amministrazione legale che ne è la conseguenza sono possibili sempre che avvi comunione, legale o convenzionale che sia, o pure combinata con un altro regime. Detta scelta però e l'amministrazione legale hanno luogo su' beni che fanno parte della comunione; di guisa che quando nel medesimo tempo una porzione di beni è sottoposta alla comunione, ed il rimanente ad un altro regime, allora simultaneamente vi sarà amministrazione legale per i primi beni ed immissione provvisoriale in possesso per gli altri (*ibid.*).

Esaminiamo ora i tre diversi casi che possono avvenire.

§ 1.° — Immissione provvisoriale in possesso di tutti i beni dell'assente.

VII. — Quando il dichiarato assente non lascia consorte, con lui maritatosi sotto il regime della comunione, o quando lasciato, questi domanda lo scioglimento della comunione, senza restrizione si può praticare (ma soltanto, notate, provvisoriamente) tutto ciò che si farebbe se fosse dimostrato che l'assente fosse morto al tempo in cui scomparve o delle ultime sue notizie. Laonde colui che era crede presuntivo dell'assente in sì fatto tempo; i suoi legatari, se ne esistano; il donatario d'un oggetto donato dall'assente a condizione di riceverlo dopo la di lui morte, ecc., ecc., sono immessi, ciascuno secondo il suo diritto, nel possesso de' beni dell'assente.

Se qualcuno di questi aventi diritto fosse morto dopo la scomparsa o le ultime notizie dell'assente, allora il possesso si prenderebbe da' suoi rappresentanti. Se poi, dopo l'immissione in possesso, morissero coloro che l'hanno ottenuta, il fatto possesso passerebbe ai loro rappresentanti od aventi causa (art. 123 [129]).

Se in processo di tempo si provasse che l'immissione in possesso si fosse ottenuta da un individuo cui non era dovuta; se, a modo d'esempio, si presentasse un individuo crede più prossimo di colui che si era eredito erede presuntivo, o se altri legatari mostrassero un testamento che rinvocasse quello in forza del quale questi o quegli fosse succeduto, il possesso in questo caso spetterà a questi veri aventi diritto a reclamare, la cui azione si prescriverà coll'elasso di trent'anni dal dì della dichiarazione d'assenza (*ibid.*, ed art. 130 [136]).

VIII. — Durante l'immissione provvisoriale in possesso, i vari aventi diritto che

l'hanno ottenuta, sono i rappresentanti dell'assente ed i suoi amministratori responsabili, ciascuno per quel che loro riguarda, e con diritti e doveri più o meno estesi secondo il titolo in virtù del quale si è loro concesso il possesso. Così, coloro che hanno ottenuta l'immissione in possesso come eredi o come legatari universali, e che per conseguenza sono succeduti provvisoriamente alla universalità de' suoi diritti, rappresentano l'assente in un modo generale ed assoluto. Coloro per lo contrario che hanno ricevuto uno o più beni determinati, come un donatario, un legatario a titolo particolare, ecc., lo rappresentano solo relativamente ai beni che hanno avuto (art. 124 [130]).

In conseguenza, questi diversi immessi in possesso, ciascuno per quel che loro concerne, possono esser convenuti in giudizio per le azioni che si hanno contro l'assente, e reciprocamente possono intentare quelle che potrebbero spettare a costui contro terze persone (*ibid.*).

Del rimanente gl'immessi in possesso essendo semplici amministratori e non proprietari, non possono alienare nè ipotecare gl'immobili dell'assente se non in forza d'una sentenza. Oltracciò vuole la legge che neppure i mobili si possano vendere senza l'autorizzazione del tribunale (art. 125, 126, 128 [131, 132, 134]).

IX. — Si fatto principio, allorchè l'assente lascerà il suo consorte col quale si è maritato sotto la regola della comunione, produrrà effetti differenti secondo che il conjuge assente sarà il marito o la moglie. In fatti, il marito finchè dura la comunione è l'amministratore e padrone de' beni della comunione; se dunque costui si è reso assente, questi beni, di cui la moglie avrà l'amministrazione, appartengono all'assente ed applicasi ad essi il nostro principio. Al contrario se la moglie si è resa assente, i beni sottoposti alla comunione non sono proprietà dell'assente; imperocchè il marito, quand'anco la moglie fosse presente, ne avrebbe l'amministrazione e potrebbe disporne. Il principio dunque non è applicabile a questa sorta di beni, ed il marito validamente potrebbe alienarli, purchè ciò, se si trattasse d'immobili, non si facesse a titolo gratuito; imperocchè se l'immissione provvisoriale in possesso non diminuisce i diritti del marito, non li può neppure aumentare; or, secondo le regole della comunione, costui non può alienare gl'immobili comuni se non a titolo oneroso (art. 124 [130] n.° XVIII).

X. — Gl'immessi in possesso, per garantire non pure la loro amministrazione ma eziandio la restituzione che in seguito potrebbero fare, sono tenuti a prestar valida cau-

zione che verrà esaminata dal procuratore della repubblica ed approvata dal tribunale. Si fatta cauzione dee richiedersi ad ogni immesso in possesso, non escluso il conuge che si è maritato sotto la regola della comunione, senza distinzione tra i due coniugi, potendo anche il marito esser obbligato a restituire se non alla moglie, almeno agli eredi di costei, i beni che avrà presi (art. 130, 123, 124 [126, 129, 130]).

Gl'immessi prima d'entrar in possesso debbono in presenza del procuratore della repubblica o di un giudice di pace da costui delegato, far procedere all'inventario de' mobili e delle scritture dell'assente. Relativamente agl'immobili, possono, se il vogliono, farne verificare lo stato da un perito nominato dal tribunale, e le spese della relazione si dedurranno da' beni dell'assente. In mancanza di si fatta verifica, l'impresso si reputerà aversi ricevuti i beni in buono stato, ed a lui spetta provare il contrario (art. 126 [132]).

XI. — La qualità di rappresentante impedisce agl'immessi in possesso di prescrivere contro l'assente; e ciò con maggiore o minore estensione secondo il titolo in forza del quale si è ottenuta l'immissione. Così, l'erede presuntivo non potrebbe prescrivere nulla; imperocchè è tenuto ad interrompere ogni prescrizione. Per l'opposto, un donatario che non può prescrivere l'immobile che egli detiene e che dee restituire in qualsiasi tempo ricomparisca l'assente, potrà benissimo prescrivere, per esempio, il credito che l'assente ha contro di lui (art. 128 [134] n.° IV).

XII. — La legge, affinchè la immissione provvisoriale in possesso non riuscisse dannosa a coloro che l'hanno ottenuta, concede loro una determinata quantità de' frutti che percepiscono, la quale aumenta in proporzione della maggiore probabilità di morte. Così, gl'immessi in possesso restituiscono un quinto di questi frutti allorchè la restituzione ha luogo tra i quindici anni dopo la partenza o le ultime notizie; un decimo se ha luogo dopo questi quindici anni, e spetta poi loro ogni cosa se sono trascorsi trent'anni dalla dichiarazione d'assenza, o cento dalla nascita dell'assente (art. 127 [133]).

XIII. — L'immissione provvisoriale in possesso ha termine per le medesime cause che fanno finire l'assenza, vale a dire: 1° per la prova dell'esistenza dell'assente; 2° per la prova della sua morte; 3° per l'immissione definitiva in possesso.

§ 2. — Amministrazione legale di tutti i beni dell'assente.

XIV. — Quando l'assente lascia il conuge in comunione di beni il quale elegge di con-

tinuare nella medesima, della quale fanno parte tutti i beni dell'assente, si fatta elezione sospende l'esercizio di tutti i diritti dipendenti dalla morte di costui, ed impedisce qualsiasi immissione in possesso in questi beni (art. 124 [130]).

La moglie, allorchè elegge di continuare nella comunione, conserva il diritto di potervi in seguito rinunziare (*ibid.*).

In forza di questa elezione, il conuge presente assume l'amministrazione de' beni del suo consorte assente, senza esser tenuto a prestar cauzione; ma è in obbligo, come gl'immessi in possesso, di far procedere all'inventario de' mobili e delle scritture dell'assente. È risaputo che i mobili e le scritture della comunione appartengono all'assente, quando costui è il marito; e che è tutt'altro quando è la moglie (*ibid.*).

XV. — I diritti d'amministrazione del conuge presente variano secondo che questo conuge è il marito o la moglie.

La moglie non può alienare nè gl'immobili nè i mobili, sia proprj del marito, sia spettanti alla comunione. Al contrario il marito non può alienare alcun bene personale della moglie, ma può benissimo distrarre (purchè non sia a titolo gratuito) i mobili o gl'immobili della comunione. I diritti d'amministrazione della moglie sono determinati dal titolo dell'assenza, mentre il marito ha secondo il diritto comune poteri estesissimi, limitati solo da alcune speciali disposizioni di questo medesimo titolo (*ibid.*).

XVI. — In sei modi possono aver termine la continuazione della comunione e l'amministrazione legale che ne risulta: 1° con la prova dell'esistenza dell'assente; 2° con la prova della sua morte (ne quali due casi l'assenza finisce nel medesimo tempo dell'amministrazione legale); 3° col decorso di trent'anni dalla dichiarazione d'assenza; 4° di cento anni dalla nascita dell'assente; 5° con la rinunzia del conuge a tale continuazione; 6° con la morte di questo conuge presente; 6° con la dichiarazione d'assenza di costui.

Nel primo caso la comunione ha realmente continuato e continua tuttavia; nel secondo, si ha la prova del suo scioglimento; negli altri quattro la legge (provvisoriale e salvo prova contraria) presume lo scioglimento dal medesimo giorno della scomparsa o delle ultime notizie.

Quando lo scioglimento è dimostrato o presunto, dividesi la comunione nello stato in cui era al tempo di siffatto scioglimento; ed allora al conuge amministratore od ai suoi eredi (se l'amministrazione ha termine per la sua morte) od agl'immessi in possesso de' suoi beni (quando finisce per la sua di-

chiarazione d'assenza) spettano i quattro quinti od i nove decimi o la totalità de' frutti che la metà della comunione, appartenente all'assente, ha prodotti dopo il giorno dello scioglimento fino al tempo in cui tale metà si restituisce. E da notarsi però che se questa divisione della comunione o questa ritenuta d'una parte de' frutti prodotti dalla metà che si restituisce hanno luogo per effetto d'uno scioglimento semplicemente presunto, tale divisione o ritenuta sono provvisoriale, e vi si procede salvo a prendersi in seguito, se dal bisogno sono richiesti, altri provvedimenti (art. 124 [130] n° VI-XIII).

§ 3. — Immissione provvisoriale in possesso per alcuni beni dell'assente ed amministrazione legale per gli altri.

XVII. — Allorchè l'assente lascia un conjuge in comunione di beni, della quale non fanno parte alcuni beni di tale assente nè quanto alla proprietà nè quanto alle rendite, e dipendono da un altro regime, relativamente a questi beni non può dimandarsi la continuazione della comunione, la quale rispetto ad essi non ha esistenza. Per conseguenza, se il conjuge presente elegge la continuazione della comunione, spettagli l'amministrazione legale di quei soli beni che sono sottoposti alla medesima, ed in quanto agli altri non può impedirsi l'immissione provvisoriale in possesso.

Bisognerà dunque nel medesimo tempo applicare ai primi tutto ciò che abbiamo detto nel paragrafo precedente, ed ai secondi quel che abbiamo osservato nel paragrafo primo.

Non pertanto è necessario far notare questa eccezione, che il conjuge il quale assume o conserva l'amministrazione legale d'una parte de' beni dell'assente, perchè sottoposti alla comunione di cui dimanda la continuazione, a norma di quel che abbiamo detto nel § 2, non potrebbe nel medesimo tempo in virtù della provvisoriale immissione in possesso che ha luogo rispetto ai beni che non fanno parte della comunione, esercitare il suo diritto di sopravvivenza sopra uno o più di tali beni; imperocchè questo conjuge non può invocare contemporaneamente le due presunzioni contraddittorie di vita e di morte (art. 124 [130] XV).

N. B. — Abbiamo veduto nel capitolo 1° § 2 quali sieno, relativamente ai figli minori dell'assente, gli effetti della presunzione d'assenza; ci rimane ora a dire qualche cosa intorno agli effetti che la sentenza di dichiarazione d'assenza produrrà rispetto a questi medesimi figli.

La dichiarazione d'assenza produce provvisoriamente gli effetti che definitivamente produrrebbe la morte.

In conseguenza, allorchè uno de' congiugi è dichiarato assente, si darà luogo alla tutela la quale si eserciterà dall'altro conjuge, conformemente alle regole sulla tutela.

Se intanto il conjuge assente era in comunione di beni rispetto all'intero suo patrimonio, ed il conjuge presente ottasse per la continuazione della comunione, siffatta azione arrestando gli effetti della dichiarazione d'assenza e facendo sparire la presunzione di morte, non vi sarebbe più luogo a tutela: la sola patria potestà continuerebbe ad aver vigore, la quale sarebbe conservata ed assunta dal conjuge presente.

Se poi soltanto una porzione di beni facesse parte della comunione, ed altri beni no, in questo caso la tutela verserebbe solo su questi; e per questi beni soltanto vi sarebbe mestieri la nomina di un tutore surrogato (art. 133 [129] V).

SEZIONE II.

Secondo periodo. — Definitiva immissione in possesso.

XVIII. — 1° Allorchè sono scorsi trent'anni dalla dichiarazione d'assenza, tanto se la immissione provvisoriale in possesso sia stata dimandata subito dopo tale dichiarazione, quanto se lo sia stata dopo molti anni; o 2° allorchè dalla nascita del dichiarato assente sono trascorsi cento anni, per quanto breve sia il periodo di tempo scorso dopo la dichiarazione d'assenza, in tali ipotesi le cauzioni prestate dall'immissi in possesso, se la immissione provvisoriale ha avuto luogo, di pieno diritto e senza esservi d'uopo di sentenza rimarranno disciolte. E però, siavi stata o pur no immissione provvisoriale, tutti coloro, ai quali appartenerebbero i beni lasciati dall'assente se costui fosse morto nel giorno del suo allontanamento o delle ultime notizie, possono definitivamente farsi immettere nel possesso di questi beni con sentenza che il tribunale di prima istanza può profferire subito o dopo prese informazioni, secondo che stimerà più conveniente (art. 129 [135]).

XIX. — La immissione definitiva in possesso rende proprietari de' beni gli immessi a condizione 1° che in caso di restituzione a farsi, sia all'assente se si provasse la sua esistenza, sia ad altri aventi diritto, la loro proprietà rimarrà risolta quanto ai beni di cui ancora ne avessero il possesso; 2° che inoltre sieno tenuti a restituire tutto ciò che hanno ritratto dalle alienazioni da essi ef-

fettuate de' beni dell'assente (art. 132 [138]).

Durante la definitiva immissione in possesso, apparterrà agl'immessi la totalità dei frutti che percepiscono da' beni dell'assente (art. 127 [133]).

XX. — Abbiamo già detto che gli eredi presuntivi e gli aventi diritto al possesso dei beni lasciati dall'assente, qualora non l'abbiano dimandato, potranno agire per ottenerlo durante il periodo di trent'anni computabile dalla dichiarazione d'assenza. Siffatta regola è applicabile non pure agli aventi diritto che ai discendenti dell'assente: costoro in fatti per un privilegio tutto speciale possono chiedere tale possesso durante trent'anni computabili dalla immissione definitiva in possesso (art. 133 [139]).

Potrebbsi ancora validamente dimandare il rilascio del possesso dopo trent'anni dalla definitiva immissione in possesso. Ciò ha luogo allorchè una seconda assenza succede alla prima, dimostrandosi (per esempio, mediante figli nati all'assente nel tempo della sua scomparsa) non già che l'assente è tuttora vivente o che sia morto, ma che vivea tuttavia alla tal epoca, quindi o vent'anni dietro, ecc. Ad onta che tale pruova si adducesse quaranta o cinquant'anni dopo la immissione definitiva, pure renderebbe senza effetto pel tempo avvenire la dichiarazione d'assenza pronunziata allorchè l'assente vivea ancora; laonde si avrà una semplice presunzione di assenza, e se non si è prescritto il diritto di chiedere una seconda dichiarazione, il figlio potrà dimandare ed ottenere il possesso de' beni (art. 131 [137]).

N. B. — È regola interessantissima, la quale non bisogna giammai dimenticare, che tutti i provvedimenti cui dà luogo la dichiarazione d'assenza (l'immissione provvisoria, la continuazione provvisoria della comunione, l'immissione definitiva) sono sempre dipendenti dalla condizione d'essere rievocati se in processo di tempo la realtà è scoperta ed è in contraddizione con le supposizioni della legge.

Ed in verità la proprietà de' beni dell'assente non può andar consolidata se non quando si ha la pruova o della sua morte o della sua esistenza.

Cessando di vivere l'assente, si apre la sua successione; e coloro che erano eredi al tempo in cui è avvenuta la morte, od i loro rappresentanti, possono, se non posseggono i beni, intentare l'azione di petizione di eredità dimostrando la sua morte. Siffatto diritto si prescrive dopo trent'anni computabili dal dì della morte (art. 130 [136]).

Allorchè si ha la pruova dell'esistenza dell'assente, la proprietà de' beni rimane a lui,

e può chiederne la restituzione a qualunque epoca egli ritorna, poichè gl'immessi in possesso, è risaputo, non possono prescrivere contro l'assente (art. 131 [139]).

Similmente, la continuazione apparente della comunione si ha come non avvenuta se dimostrasi che realmente si è disciolta; reciprocamente, il suo scioglimento provvisorio e gli effetti che ha prodotti sono annullati, se provasi o che essa continua tuttavia o che è stata disciolta in un'epoca diversa da quella di questo presunto scioglimento (art. 124 [130]).

CAPITOLO III.

DEGLI EFFETTI COMUNI ALLA PRESUNZIONE E DICHIARAZIONE D'ASSENZA; O DELLE CONSEGUENZE RISULTANTI DALLA SOLA INCERTEZZA SULLA ESISTENZA.

SEZIONE I.

Effetti dell'assenza quanto ai diritti che possono spettare all'assente.

XXI. — Per reclamare un diritto qualunque è necessario dimostrare che si sieno avverate le condizioni per le quali ci appartiene. Quindi allorchè si dà luogo, durante l'assenza d'un individuo, a diritti dipendenti dalla condizione che costui esistesse al tempo in cui si verificano, siffatti diritti non possono reclamarsi da alcun rappresentante od avente causa di tale individuo; poichè niuno di costoro può dimostrare che egli esiste. Quanto a questi diritti per conseguenza il risultato è lo stesso (almeno provvisionalmente) di quello che si avrebbe se tale individuo fosse morto.

Ond'è che la successione alla quale sarebbe chiamato un assente sarà devoluta a coloro che in sua mancanza l'avrebbero raccolta; del pari, una somma di danaro, legata ad un individuo che è assente al tempo della morte del testatore, si serberà dall'erede ecc. (art. 136 [142]).

Ma ciò, e vi si ponga mente, avrà luogo provvisoriamente e salvo all'assente, ed ai suoi rappresentanti od aventi causa il diritto di reclamarne posteriormente, dimostrando che la condizione d'esistenza si è realmente avverata, purchè non sia trascorso il tempo stabilito per la prescrizione (art. 136 [142]).

Peraltro, dandosi luogo alla restituzione de' beni, quegli a cui erano stati dati in mancanza dell'assente, farà suoi tutti i frutti da lui percepiti durante il tempo nel quale ha potuto credersene proprietario (art. 138 [144]).

SEZIONE II.

Effetti dell'assenza relativamente al matrimonio.

XXII. — Si può contrarre un secondo matrimonio solo dopo la prova d'essersi sciolto il primo, e siffatto scioglimento ha luogo con la morte naturale o civile d'uno de' coniugi (1). Il consorte d'un assente non si può quindi lecitamente rimaritare; imperocchè egli non è certo che sia morto od suo coniuge. D'altra parte, se per frode od errore l'ufficiale dello stato civile ha proceduto alla celebrazione del suo matrimonio, non si può farlo annullare, giacchè non è certo che il primo coniuge sia vivente (art. 139).

Ma allorchè cessa l'assenza e si ha la prova dell'esistenza del coniuge, il secondo matrimonio può essere impugnato, sia da' coniugi, sia da ogni altro avente interesse a farlo, sia dal ministero pubblico, sia infine dal medesimo mandatario lasciato dall'assente (*ibid.*) (2).

CAPITOLO IV.

DE' MILITARI ASSENTI.

XXIII. — Una legge del 6 brumajo anno V, abrogata dopo moltissimo tempo, avea stabilito nell'interesse de' militari misure straordinarie che cessarono d'aver vigore dopo il periodo di tempo da questa legge determinato, e prolungato in seguito da quella del 2 dicembre 1814.

Ma avvene altre due anteriori a quest'ultima, oggidì tuttavia in vigore e che apportano una interessante modifica al diritto comune intorno alla presunzione d'assenza. La seconda del 16 fruttidoro anno II estende agl'impiegati delle armate le disposizioni dalla prima stabilite pe' militari, che ha la data dell'11 ventoso suddetto anno (*appendice*).

Siffatta legge di ventoso anno II derogando al principio di cui abbiamo parlato nella sezione I del capitolo precedente, prescrive che in caso di successione toccata ad un militare presunto assente, questa successione, in vece d'esser raccolta da colui al quale sarebbe spettata in mancanza di questo milita-

re, nell'interesse di costui sia amministrata da un curatore, per conservargliela e rendergliela, ritornando prima d'esser dichiarato assente. Tale curatore è scelto da un consiglio di famiglia che si convoca dal *maire* del comune (*ibid.*).

Rispetto alla dichiarazione d'assenza, una legge del 1817 (13 gennajo) ha concesso d'ottenersi nel più breve termine e con formalità meno dispendiose di quelle del codice, non già per tutti i casi passati e futuri, ma per i soli militari che sono spariti nelle guerre che ebbero luogo dopo il 1792 fino al trattato di pace del 1813. Le disposizioni di questa legge sono dunque transitorie ed ora forse si applicheranno molto raramente (*ibid.*).

È risaputo, senza che lo diciamo, che i militari rimangono sottoposti a tutte quelle disposizioni del diritto comune alle quali non si è espressamente derogato dalle suddette leggi (3).

TITOLO V.

Del matrimonio

(Decreto del 17 marzo 1803. — Promulgato il 27).

La riproduzione della specie è una delle leggi di nostra natura. Facendo astrazione da questa prima considerazione, è chiaro da un'altra parte che l'uomo non fu creato per vivere isolato; l'uomo, da sè solo, è un essere incompleto, il quale forma un tutto mercè la sua unione con la donna; e costei reciprocamente formata per l'uomo ed ancora d'una parte dell'uomo, è senza di lui come il ramo staccato dal suo tronco: *Non est bonum, disse Iddio dopo la creazione di Adamo, non est bonum, hominem esse solum, faciamus ei adiutorium simile sibi.*

L'uomo e la donna, mediante la combinazione delle loro diverse e correlative qualità, mediante una dolce reciprocità di amicizia, di soccorso e d'assistenza, si rendono abbastanza forti a sostenere come è conveniente il peso talvolta sì grave della vita, ed in tal guisa a guadagnare l'immortalità, unico fine di nostra esistenza in questa valle di lagrime.

delle nostre leggi civili. Vedi la nota (1) pag. 243. (*Nota del traduttore*).

(2) Vedi la nota (1) pag. 243. (*Nota del traduttore*).

(3) Appo noi nessuna legge particolare avvi per i militari assenti, i quali s'anno all'intutto sommessi alle regole del diritto comune. Vedi la nota (1) pag. 243.

(*Nota del traduttore*).

(1) Appo noi che il matrimonio è non pure un contratto civile che un sacramento, non va sciolto se non dalla morte naturale o dall'autorità ecclesiastica per le cause che sono stabilite dal diritto canonico, non regolando il legislatore che i soli effetti politici e civili, lasciando intatti i doveri che la religione impone, la quale c'insegna che *quod Deus conjunxit, homo non separet*, laonde a ragione fu soppressa questa sezione nella compilazione

Or il doppio scopo del matrimonio consiste nel procreare figli ed assistersi scambievolmente.

L'oratore del governo ci diè dunque una definizione esatta e compiuta del matrimonio, allorchè disse al tribunato che esso è « la società dell'uomo e della donna che si » congiungono per perpetuare la loro » specie, e per aiutarsi con mutui soccorsi a » sostenere il peso della vita, dividendo la loro » comune sorte. »

Ad un atto d'una sì alta importanza per

l'uomo, qual è il matrimonio; ad un atto da cui può dipendere la sua felicità durante l'intera sua vita in questa terra, e nell'altra ancora, l'autore del cristianesimo dovea annettervi una sorgente di grazie; ed in effetti lo ha fatto... Nullameno, quantunque il matrimonio siasi innalzato fino al grado di sneramento, non cessa però nella sua essenza d'essere un contratto sottoposto come ogni altro contratto all'azione delle leggi civili, le condizioni e gli effetti del quale possono regolarsi dall'autorità umana (1).

(1) L'opinione dell'autore è quella de' teologi, massime di S. Tommaso (*lib. IV contra gentes* cap. 78) e de' pubblicisti, ed uno più illustre fra questi si esprime nel seguente modo: « In tutt' » paesi ed in tutt' i tempi è accaduto, che la religione avesse parte ne' matrimoni. Subito che » certe cose sono state prese per impure o illecite, e che ciò non ostante erano necessarie, è » convenuto chiamarvi la religione per renderle » legittime in un caso e per riprovarle negli altri. »

» Per altra parte essendo i matrimoni fra tutte » le umane azioni quella che più interessa la società, è convenuto che regolati fossero colle » leggi civili. »

» Tutto quello che riguarda il carattere del matrimonio, la sua forma, la maniera di contrarlo, la fecondità ch'el procura, la quale ha fatto comprendere a tutt' i popoli, ch'era l'oggetto di una particolare benedizione, la quale non essendovi » sempre unita, dipendeva da certe grazie superiori, tutto questo appartiene alla religione. »

» Le conseguenze di questa unione relativamente ai beni e reciproci vantaggi, tutto quello che riguarda la nuova famiglia, quella onde è uscita, quella che deve formarsi; tutto questo spetta » alle leggi civili. »

» Siccome uno de' grandi oggetti del matrimonio si è il togliere tutte le incertezze delle illegittime copule, così v'impone il suo carattere » la religione; e vi uniscono il loro le leggi civili » per renderlo più autentico che sia possibile. » Quindi oltre le condizioni richieste dalla religione, affinché valido sia il matrimonio, ne possono anche esigere delle altre le leggi civili. »

» La ragione, onde le leggi civili hanno tale facoltà, si è, perchè sono caratteri aggettivi e non contraddittori. La legge della religione vuole certi » dati riti, e le leggi civili vogliono assenso de' genitori: in questo richiegono le medesime qualità che cosa doppia, ma nulla richiegono che sia » contrario. »

» Da ciò segue, che sta alla legge della religione il decidere, se il vincolo sarà, o no, indissolubile: imperciocchè qualora le leggi della religione stabilissero il vincolo indissolubile, e le leggi civili avessero fissato, ch'ei può sciogliersi, sarebbero due cose contraddittorie. »

» Talora non sono di una necessità assoluta i caratteri impressi al matrimonio dalle leggi civili; tali sono quelli che vengono stabiliti dalle » leggi, le quali invece di annullare il matrimonio, si sono contentate di punire i contraenti ». Ved. *Montesquieu, esprit des lois*, cap. XIII, lib. 26.

Questi principi si profondamente sviluppati dal-

Marcadé T. I.

l'autore dello spirito delle leggi, furono quelli che informarono il titolo del matrimonio nelle nostre leggi civili, le quali a differenza delle francesi che riguardano questo contratto meramente come civile, non lo reputano avere esistenza se non quando fosse stato celebrato in faccia alla Chiesa secondo le norme del sacrosanto sinodo tridentino. Laonde esse lo rimettono soltanto sotto il rapporto: 1° della capacità della volontà de' contraenti; 2° delle formalità necessarie a poterlo contrarre; 3° degli atti e de' modi che fanno mestieri per provarne la contrattazione; 4° delle giurisdizioni e delle cause matrimoniali, sia per la validità del sacramento che per gli effetti civili; 5° degli effetti del matrimonio in quanto ai coniugi ed ai figli, nonché de' casi in cui non produce effetti civili; sanzionando espressamente nell'art. 150 che « La legge limita le sue disposizioni, riguardo al » matrimonio, agli effetti civili e politici » e spiegando coll'articolo seguente che « Sotto questo solo » aspetto essa regola la qualità e le condizioni » de' contraenti; determina le formalità che preceder debbono la celebrazione, la loro validità, i » dritti, i doveri e gli effetti civili che ne risultano. » Lascia intatti i doveri che la religione impone, senza apportarvi alterazione o cambiamento alcuno. »

Inoltre il nostro legislatore considerando che la promessa di contrarre matrimonio produce solo un'obbligazione naturale, così ha negato per l'oggetto ogni azione civile, autorizzando soltanto la persona, che senza ragionevole motivo si vede tradita, a chiedere dall'altra inadempiente il rimborso de' danni ed interessi che avrà potuto soffrire. Ecco le parole della legge: Art. 148 « La promessa » di matrimonio in qualunque modo e sotto qualunque condizione data o ricevuta, non produce civilmente alcuna legale obbligazione né per lo adempimento, né per la prestazione di ciò che » siasi promesso nel caso d'inadempimento. Soltanto la promessa fatta innanzi allo stato civile, ai termini del capitolo III del titolo II, darà luogo in caso d'inadempimento alla rifazione » del danno a pro della persona che non abbia dato » ragionevole motivo a recedere ». Art. 149. « La » copia legale dell'atto di solenne promessa è il titolo, con cui sarà promossa in giudizio l'azione » del danno. »

La legge poi ha lasciato al senno del magistrato il decidere quando vi sia ragionevole motivo per l'un de' congiunti a recedere dalla promessa data, il quale può ricorrere al diritto canonico che fissa de' casi in cui si può recedere dagli sponsali impunemente. Questi casi sono: 1. la professione reli-

Il matrimonio, anche nell'ordine civile, produce effetti talmente gravi, sia per le famiglie di coloro che lo contraggono, sia per i contraenti medesimi, sia da ultimo per la nuova famiglia alla quale costoro possono dare origine, che non lo si è giammai annoverato tra la classe de' contratti ordinari, ma è stato sempre l'obbietto delle cure speciali di ogni legislatore e del nostro in particolare. Il titolo nel quale egli se ne occupa, e di cui cominciamo la spiegazione, si divide in otto capitoli in cui la legge ci espone successivamente:

1° Le condizioni diverse richieste per la validità del matrimonio (capitoli 1 e 2);

2° Quali sono fra queste condizioni quelle la cui mancanza farebbe annullare il matrimonio celebrato; e quali quelle, la cui mancanza darebbe soltanto luogo ad opporsi al matrimonio, ma lo lascerebbe esistere se fosse stato celebrato (capitoli 3 e 4);

3° I diritti e le obbligazioni che il matrimonio produce, sia rispettivamente tra i coniugi, sia tra costoro ed altri individui (capitoli 5 e 6);

4° Le cause di scioglimento del matrimonio, ed una regola relativa al matrimonio susseguente che rende possibile tale scioglimento (capitolo 7 ed 8).

CAPITOLO I.

DELLE QUALITÀ E CONDIZIONI NECESSARIE PER CONTRARRE MATRIMONIO.

144 [152]. — L'uomo prima che abbia compiuti gli anni diciotto, la donna prima degli anni quindici pure compiuti, non possono contrarre matrimonio (1).

I. — Fino al 1792 gli uomini potevano maritarsi all'età di quattordici anni, e le donne a quella di dodici, conformemente alle regole del diritto romano, adottate dal nostro legislatore. Ma si riconobbe poi che questa determinazione di età, regolare pel clima d'Italia, non poteva convenire pe' nostri paesi settentrionali ne' quali le forze fisiche si sviluppano più tardamente.

La legge del 20 settembre 1792, tit. 4, art. 1°, aggiunse un anno all'età richiesta pel

matrimonio, e la fissò a quindici anni per gli uomini, e tredici per le donne.

I redattori del Codice opinarono, e con ragione, che si fatto termine non era neppure conveniente. A tale età senza dubbio alcuni saranno puberi, ma bisognava stabilire una regola generale ed assoluta; d'altra parte era uopo che la intelligenza, il cui sviluppo è ordinariamente più tardivo di quello delle forze fisiche, fosse tale negli sposi che senza pericolo si potesse loro affidare l'amministrazione della casa ed il governo della famiglia cui danno vita. In conseguenza dal nostro codice la capacità di maritarsi fu fermata a diciotto anni per gli uomini, e quindici per le donne.

145 (2). — Nulladimeno il capo del governo potrà accordare dispense di età per gravi motivi.

I. — La legge non ha indicato i casi in cui può ottenersi una dispensa; su ciò ella lascia al presidente della repubblica ogni latitudine, e gli concede inoltre la facoltà di giudicare se il motivo pel quale la si chiede sia o pur no abbastanza grave.

Secondo un'ordinanza del 20 pratile anno II, colui che vuole ottenere una dispensa di età deve dirigere una petizione al procuratore della repubblica del suo domicilio (in quel tempo il commissario del governo), a più della quale costui dà il suo parere, e la trasmette al ministro della giustizia. Il Presidente decide sul rapporto di questo ministro.

Se la dispensa è accordata, l'ordinanza si registra nella cancelleria del tribunale nella cui giurisdizione dev'essere celebrato il matrimonio, ed una copia è annessa all'atto di celebrazione (Veg. l'enunciata ordinanza, art. 1 e 2).

146 [153]. — Non vi è matrimonio, ove non vi è consenso.

I. — Il matrimonio è un contratto; or, sendo un contratto l'uniformità di due volontà, è evidente che quando non vi è consenso, non vi è neppur contratto di matrimonio. In pro-

giosa di uno degli sposi: 2. una malattia incurabile, o un male che avesse renduto uno de' contraenti deforme: 3. lo stupro della sposa: 4. l'allontanamento prolungato per più tempo. Ved. cap. 2. de sponsalibus. (Nota del traduttore.)

(1) Quest'articolo nelle nostre leggi civili fu redatto nel seguente modo: « L'uomo prima di aver compiuti gli anni quattordici, e la donna prima di aver compiuto gli anni dodici, non possono con-

trarre matrimonio. (Nota del traduttore).

(2) Questo articolo non fu riprodotto nelle nostre leggi civili; dappoi che fissata l'età a dodici anni per la donna ed a quattordici per l'uomo a poter unirsi in matrimonio, non poteva il legislatore senza urtare il principio dell'ordinaria pubertà, accordare dispense. Le leggi di natura sono inviolabili da chicchessia, e non va potenza umana che vi si possa sottrarre. (Nota del traduttore).

aleguo (art. 180 (1)) terremo di nuovo parola su questo interessante principio (2).

Così, se un interdetto, o un individuo il quale senz'essere interdetto fosse però imbecille o demente, dichiarasse innanzi ad un ufficiale dello stato civile che egli toglie per moglie la tale persona, costui nulla farebbe; non vi potrebb'essere matrimonio. Tale individuo è incapace di consentire, poichè non ha l'uso della sua ragione... Nulladimeno tra l'interdetto ed il pazzo avvi una differenza. Un pazzo in fatti può avere de' lucidi intervalli: or, fino a tanto che l'interdizione non è dichiarata, sono validi tutti gli atti che si fanno durante un lucido intervallo; al contrario, dopo l'interdizione, l'individuo è dichiarato dalla legge incapace di avere una volontà, ed il matrimonio che contrasse, sia pure in un lucido intervallo, sarebbe ra-

dicalmente nullo. (Veg. Osservaz. prelim. del cap. 4).

Così del pari non avrebbe alcuna esistenza legale il matrimonio contratto dal morto civilemente; poichè costui dalla legge si reputa morto, e per conseguenza incapace d'avere una volontà (3).

Si fa quistione, se un sordo-muto potesse contrarre matrimonio. Per l'affermativa non v'è alcun dubbio. Può prender moglie chiunque può esprimere il suo consenso; dunque sarà interamente valido il matrimonio contratto dal sordo-muto, purchè costui avesse chiaramente manifestata la sua volontà per segni o per iscritto (Pothier, *Contratto del matrimonio*, n° 93) (4).

H. — Un contratto è legalmente formato quando vi è il consenso il quale dev'essere libero. Dunque allorchè il matrimonio è il

(4) Soppresso nelle nostre leggi civili.

(Nota del traduttore).

(2) In materia tanto interessante il legislatore nostro ha creduto aggiungere nelle leggi civili l'art. 154 per dirli, che: « Non vi è consenso in colui che erra sulla persona del futuro sposo: l'errore sulle qualità e condizioni della persona non distrugge il consenso. » Vedi l'articolo 180 francese.

(Nota del traduttore).

(3) Siccome si osservò nella nota (3) pag. 87, presso di noi fu abolita la morte civile. La condanna però all'ergastolo producendo quasi tutti gli effetti della morte civile, faceva nascere il dubbio se l'ergastolano avesse o non potuto contrarre matrimonio. Un rescritto del 9 aprile 1832 difese il dubbio nel seguente modo: « Sul dubbio se possono contrarre matrimonio i condannati alle pene dell'ergastolo, de' ferri, della reclusione, S. M. nel consiglio ordinario di Stato del 9 dello scorso aprile, in conseguenza di correlativo avviso della consulta generale, avuto riguardo alle prescrizioni di legge sulla privazione de' diritti civili per condanna a pene criminali, si è degnata manifestare, che i condannati ad ogni pena alieno capaci di contrarre matrimonio ecclesiastico, secondo le regole del concilio di Trento: che i condannati ai ferri ed alla reclusione sieno anche capaci degli effetti civili del matrimonio, mercè l'adempimento degli atti dello stato civile, giusta le leggi in vigore; che il matrimonio de' condannati all'ergastolo debba procedersi senza questa formalità civile, ammenno che S. M. non si degni di accordarne la dispensa per particolare atto di sovrana clemenza, e che i condannati rimangono sempre ligati alle regole di disciplina de' luoghi ne quali sono detenuti. »

(Nota del traduttore).

(4) Appo noi il decreto de' 19 maggio 1844 stabilendo le formalità da seguirsi nel matrimonio del sordo-muto, ribadisce il principio sostenuto dal nostro autore. Ecco le parole del decreto:

Veduti gli art. 67 e 79 delle leggi civili;

Veduto l'art. 223 delle leggi di procedura penale così concepito:

« Se l'accusato o il querelante, o il testimone sia sordo-muto, e sappia scrivere, le domande e le osservazioni dovranno farglisi per iscritto ed egli risponderà per iscritto. »

« Le domande e le risposte saranno lette pubblicamente dal cancelliere. »

« Se non sappia scrivere, il presidente nominerà di ufficio per interprete una persona che abbia familiarità con lui. »

« All'accusato, al querelante, al testimone che sia semplicemente muto e non sordo si dirigeranno le domande come ad ogni altro accusato o testimone. Egli risponderà in iscritto se sappia scrivere, e se non sappia scrivere gli si destinerà un interprete, il tutto a pena di nullità. »

« Veduto il parere della consulta generale del regno: »

« Sulla proposizione del Ministro Segretario di Stato di grazia e giustizia: »

« Udito il nostro Consiglio ordinario di Stato; »

« Abbiamo risoluto di decretare e decretiamo quanto segue: »

« Art. 1. — La regola contenuta nell'art. 223 delle leggi di procedura penale pe' sordi-muti sarà osservata allorchè occorre per essi dichiararsi il consenso, o adempirsi atti rispettivi per matrimonio. »

« Per la destinazione dell'interprete si farà istanza al presidente del tribunale civile del domicilio del sordo-muto. »

« In questo caso il tribunale medesimo in camera di consiglio, chiaritosi per tutti i modi d'istruzione che reputerà convenienti, e per mezzo dell'interprete, ed udito il pubblico ministero, pronunzierà e darà atto del libero intelligente consenso del sordo-muto per lo matrimonio; e quindi autorizzerà l'interprete ad assistere il medesimo per lo adempimento della solenne promessa e degli atti rispettivi, ed in ogni altro atto che possa occorrere secondo la legge. Copia della deliberazione del tribunale sarà unita al documento per lo matrimonio. »

(Nota del traduttore.)

risultato dell'errore, della violenza o della seduzione, non solo è nullo di pieno diritto (1), ma eziandio annullabile, il che sarà spiegato negli art. 180 e 181 (2).

N. B. — Avvi una gran differenza tra un atto nullo ed un atto annullabile. L'atto nullo è quello che non ha alcuna esistenza innanzi alla legge, di guisa che non può giammai essere ratificato nè reso valido con qualsiasi mezzo. L'atto annullabile per contro è quello che esiste, ma è viziato da una causa capace di farlo annullare. L'atto veramente nullo è e rimane sempre nullo, e non può in alcun modo ed in qualsiasi tempo produrre veruno effetto; l'atto semplicemente annullabile, al contrario, diviene inoppugnabile se l'annullamento non si domanda fra i termini prescritti dalla legge. Vedremo in seguito che oltre gli atti nulli ed annullabili, vi sono ancora gli atti rescissibili. Si fatto nome si dà a quegli atti che nella loro sostanza non sono affetti da alcun vizio, ma che la legge intanto

per una causa estrinseca permette di risolvere e rendere senza effetto, come per esempio avviene nella vendita d'un immobile, la quale può essere rescissa quando si è fatta a vil prezzo (art. 1674 [1520]).

Non pertanto sovente si adopera l'addiettivo nullo come sinonimo d'annullabile o di rescissibile; di maniera che potrebbesi dire che vi sieno tre specie di nullità: 1^a la nullità propriamente detta; 2^a l'annullamento; 3^a la rescissione. Queste due ultime però si confondono ne' loro effetti e solo si distinguono per la loro causa; la prima al contrario, come chiaramente vedesi dalle poche parole che abbiamo detto, differisce radicalmente dalle altre due, non solo per la sua causa, ma eziandio per i suoi effetti.

147 [135]. — Non si può contrarre un secondo matrimonio se non sia disciolto il primo (3).

I. — Quest'articolo consacra i veri principi

(1) Ecco sul proposito come la discorre un grave scrittore di dritto naturale: — « Se è volontaria (la società coniugale), è dunque libero a ciascuno l'entrarvi, e lo scegliere il consorte: ma questa scelta debb'essere diretta dalla ragione, epperò a ragione inferma dee somministrar conforto e direzione una ragione più illuminata. E dunque dritto del coniuge la libera scelta, ma è suo dovere la maturità di consiglio e la deferenza al più saggio: dal che si derivano le obbligazioni reciproche tra figli e parenti in tal materia; e la nullità di un maritaggio contratto per violenza o per abbaglio essenziale. » — Ved. *Tapparelli*, saggio teoret. di dritto natur. num. 4522.

(Nota del traduttore).

(2) Questi due articoli furono soppressi nelle nostre leggi civili.

(Nota del traduttore).

(3) Per noi che il matrimonio altro essere un contratto civile è un sacramento, il legislatore alle parole dell'articolo francese aggiunse dall'autorità ecclesiastica. Quest'articolo ha relazione coll'articolo 20 del concordato che fu concluso il 21 marzo 1818 tra il nostro reame e la S. Sede, ove è detto che — *Gli Arcivescovi ed i Vescovi saranno affatto liberi nell'esercizio del loro pastorale ministero — Riconosceranno nel loro foro le cause ecclesiastiche e principalmente le cause MATRIMONIALI, che giusta il canone 12 sezione 24 del sacro concilio tridentino spettano ai giudici ecclesiastici e porteranno su di esse sentenza* — L'autorità ecclesiastica discioglie un matrimonio quando vi sono avvenuti dell'impedimenti. Chiamansi impedimenti que' fatti e quelle circostanze in forza delle quali si rende nullo o illecito un matrimonio. Questi impedimenti son di doppia specie: alcuni si dicono proibitivi ed ostacolano soltanto la contrazione delle nozze, e di questi terremo parola in seguito: altri poi si nominano dirimenti ed hanno tale una forza da sciogliere un matrimonio già contratto. Questi impedimenti dirimenti si possono classificare in quattro categorie — 1. mancanza di consenso — 2. vizi naturali — 3. incapacità dedotta dalla religione — 4. parentela.

Nella prima categoria vanno comprese — 1. *l'error* ed il *dolo* — 2. *la demenza* ed il *furor* — 3. *la violenza* ed il *timore* — 4. *il ratto*. Dovendo coll'autore nell'articolo 180 parlare di questi impedimenti, tralascieremo di farne qui parola.

Nella seconda categoria, *vizi naturali*, si noverano il *difetto di età* e l'*impotenza*. I matrimoni quindi degl'impuberi, salvo se sian prossimi alla pubertà, sono nulli. La Chiesa poi permette ai vecchi il matrimonio *tamquam infirmis et remedium et humanitatis solatium*. — In quanto poi all'*impotenza*, ove questa sia da natura e tale che sia invincibile, anche è causa di scioglimento di matrimonio.

Nella terza categoria son da allogarsi — 1. *la disparità del culto*, non essendo permesso il matrimonio tra un fedele ed un infedele; — 2. *un matrimonio preesistente*, perlocchè giusta la sentenza dell'Apostolo delle genti (epist. 1. ad Corinth. Vlt. 39) *mulier adligata est legi viri quamdiu vir ejus vivit*. Dichiarato nullo un matrimonio, per la preesistenza di un altro, il coniuge in buona fede ed i figli non rimangono privi de' vantaggi che la legge accorda ai matrimoni validi. Il coniuge poi in mala fede è punito colla pena di reclusione secondo il dettato dell'articolo 331 delle leggi penali. — 3. *l'adulterio*; quando, il marito adultero avesse reso insidie alla vita della sua compagna, o l'adultera alla vita del marito dell'adultera affine di contrarre con essa matrimonio, o quando l'adultera con lo stesso disegno avesse attentato alla vita del marito o della moglie dell'adultero; tr, quando all'adulterio segue la promessa di contrarre il nodo dopo la morte del coniuge; 4. *il ratto*, quando, essendo il coniuge tuttavia vivente, in realtà si fosse effettuato il matrimonio senza distinguersi se la promessa o anche il matrimonio abbiano preceduto, accompagnato o anche seguito l'adulterio — 5. *il pomicidio* del coniuge di colui o colei che si vuole impalmare, ancorchè fosse infedele. — 6. *il voto di castità*; di questo ne parleremo in seguito, quando dilucideremo l'articolo 162 che è nuovo nelle nostre leggi civili.

del dritto naturale, permettendo il matrimonio tra un solo uomo ed una sola donna (1).

149 [163]. — Il figlio che non è giunto all'età di venticinque anni compiuti, la figlia che non ha compiuti gli anni ventuno, non possono contrarre matrimonio senza il consenso del padre e della madre: in caso che sieno discordi, il consenso del padre sarà sufficiente.

I. — La donna a ventun' anno è maggiore assolutamente o senza restrizione; quanto all'uomo a tale età per tutti gli altri atti, eccetto il matrimonio, egli è pure maggiore (art. 488 [411]). Rispetto al matrimonio però bisogna distinguere che l'uomo a ventun'anno è maggiore se tutti i suoi ascendenti sieno morti (art. [160 174]), e lo è a venticinque, se alcuno di essi sia tuttora vivente (art. 148, 149 e 150 [163 e 164]).

Dunque fino all'età di venticinque anni il figlio non può maritarsi senza il consenso de' suoi genitori, avi od ave.

Dopotale età, tanto il figlio, quanto la figlia dopo il ventunesimo anno, debbono richiedere il loro consiglio, perchè il figlio, qualunque sia la sua età, è sempre tenuto ad onorare e rispettare i suoi genitori (art. 371 [287]).

La ragione di sì fatta differenza tra i figli e le figlie risulta dal divenire le donne nubili e vecchie più presto degli uomini.

II. — Dichiarando il nostro articolo esser sufficiente il solo consenso del padre in caso di dissentimento tra costui e la madre, alcuni ne hanno conchiuso che non era necessario dimandare il consenso della madre. È questo un errore che dal medesimo testo di que-

st' articolo è confutato. In fatti, secondo le sue medesime parole, il figlio fino a venticinque anni, la figlia fino a ventuno, non possono maritarsi senza il consenso de' loro rispettivi padre e madre, ed è sufficiente quello del padre nel solo caso di *dissentimento*; ora per esistervi dissentimento tra il padre o la madre, è stato uopo che ambedue fossero stati consultati e richiesti a dare il loro consenso. È sufficiente dimandare ed ottenere il consenso del padre, come risulta dall'articolo seguente, nel solo caso in cui la madre fosse morta od impossibilitata a manifestare la sua volontà.

La legge in fatti non potea permettere che un figlio mancasse di rispetto a sua madre, fino a toglier moglie senza parlargliene, e questo appunto avverrebbe se si fosse contentata puramente e semplicemente del solo consenso del padre. Del resto è possibilissimo che un padre, il quale, solo lui consultato consentirebbe, non consentisse se la madre, anch'ella richiesta del suo parere, gli facesse nota qualche osservazione che forse a lui era sfuggita. È necessario che i genitori possano consultarsi ed intendersi intorno ad un atto così interessante pel proprio figlio (2). Quindi l'uffiziale dello stato civile non dee procedere (3) alla celebrazione del matrimonio se non quando gli si dimostri che il padre non solo consente, ma che il suo consenso ha avuto luogo nel caso in cui la legge lo dichiara sufficiente, vale a dire dopo esser stato richiesto e negato il consenso della madre (4).

149 [164]. — Se l'uno de' due genitori è morto, o se trovasi nella impossibilità di manifestare la propria volontà, basta il consenso dell'altro (5).

Nella quarta ed ultima categoria figurano le tre specie di cognazione o parentela, *naturale, legale e spirituale*, l'*affinità* e la *pubblica onestà degli sponsali*. E di queste diverse specie faremo parola sotto l'articolo 158 e seguenti II. cc.

(Nota del traduttore).

(1) In questo luogo e sotto questo capitolo I il nostro legislatore ha messo l'art. 156 rispondente all'art. 228 del codice francese ove forma il capo VIII di quel codice. Vedi in quel luogo le nostre osservazioni su quest'articolo. Qui ha posto anche l'art. 159 che nel codice francese si legge sotto il numero 348 nel titolo VIII dell'adozione. Vedi ivi le nostre osservazioni.

Inoltre in questo luogo il nostro legislatore ha aggiunto l'art. 157 che non è nel codice napoleonico: esso è così concepito: — *È vietato all'uffiziale dello stato civile di ricevere la solenne promessa del matrimonio tra il tutore o i figliuoli di lui, ed il minore o la minore, durante la tutela e pendente il rendimento de' conti, purchè non preceda l'approvazione del tribunale con cognizione di causa, inteso il pubblico ministero. Ciò non deroga*

alla necessità del consenso del consiglio di famiglia prescritto nell'art. 475. — Per la contravvenzione dell'uffiziale dello stato civile a quest'articolo vedi l'art. 245 delle leggi penali, ove gli è comminata la pena del primo al secondo grado di prigionia e l'ammonda non maggiore di ducati cinquanta.

(2) Vedi la nota (1) pag. 271.

(Nota del traduttore.)

(3) Quantunque l'opinione dell'autore sia quanto mai logica, pure appo nol un'istruzione ministeriale del 6 marzo 1841 diretta al regio procuratore presso il tribunale civile di Noto, ritiene non necessario il documento che provi il dissenso della madre, quando vi concorra il consenso del padre o dell'avo paterno che sono preponderanti.

(Nota del traduttore).

(4) Merlin (Rep., vo Opp. al matr., n. 4), Vazelle (n. 418), Duranton (n. 77), Chardon (*Patria potestà*, n. 194), Rieff (n. 209); Riom, 30 giugno 1817.

(5) Quest'articolo e l'altro che segue furono fusi in un solo dal nostro legislatore, modificandolo nel

SOMMARIO.

- I. In caso d'assenza dichiarata d'uno de' coniugi, è sufficiente il consenso dell'altro.
- II. Lo stesso deve decidersi durante le semplici dichiarazioni d'assenza.
- III. La interdizione giudiziaria a legge d'un degli ascendenti libera dall'obbligo di dimostrarlo al suo consenso; se l'ascendente poi è pazzo, ma non interdetto, bisogna d'aspettare se abbia o per no lucidi intervalli.
- IV. La madre vedova è non tutrice dei suoi figli, e non ha diritto di consenso al matrimonio di suo figlio. *Error de Dolmencourt.*
- V. Se la persona che aveva il diritto di consentire a che uno già dato il suo consenso, venga prima di celebrarsi il matrimonio, tale consenso può essere revocato da colui che la surroga nel diritto di consentire. *Error de Dolmencourt.*

I. — Se l'uno de' due genitori fosse dichiarato assente, la dichiarazione d'assenza facendolo presumere morto, e concedendo la facoltà d'agire come se la morte fosse provata, vi sarebbe luogo ad applicare il nostro articolo.

Si opporrebbe che la dichiarazione d'assenza permettendo solo provvisoriamente le misure che si praticerebbero alla morte, la non potrebbe andar invocata che per gli atti che si potrebbero in seguito reputare non avvenuti e non per quelli irrevocabili, come è il matrimonio. Primieramente sarebbe inesatto il dire che la dichiarazione d'assenza permetta sempre provvedimenti provvisori; imperocchè essa dà luogo, dopo un tempo più o meno lungo, secondo le circostanze, all'immissione definitiva in possesso, la quale autorizza irrevocabilmente l'alienazione de' beni. D'altra parte, se rispetto ai beni la legge ha permesso solo misure provvisorie dopo la dichiarazione d'assenza, vi si è a ciò determinata perchè tali misure sono precipuamente un mezzo onde garantire nel tempo stesso e i diritti dell'assente e quelli de' suoi credi, legatari, ecc. Non è ragionevole dunque negare a questa dichiarazione ogni effetto,

seguito modo: — Art. 464. « *Se il padre è morto o se trovasi nella impossibilità di manifestare la sua volontà, l'avo paterna e la madre subentrano nel di lui luogo. Però nel caso di dissenso, quello dell'avo sempre prevale.* ». In questa diversa redazione vi sono due cose ad osservarsi — 1. nel diritto francese, restando la madre superstite, basta il solo di lei consenso al figlio per contrarre matrimonio; nel mentre che pel nostro articolo, vi è uopo anche del consenso dell'avo (purchè esista) il quale prevale in caso di discrepanza — 2. il codice francese esige il consenso anche delle avoie, e la giurisprudenza, de' bisavi e de' tritavi: le nostre leggi civili poi chiamano il solo avo paterno a dare il suo consenso.

I documenti che son necessari per attestare la morte o l'assenza de' genitori furono fissati dal decreto de' 22 aprile 1809, così espresso:

« Veduti gli art. 448 a 457 del codice Napoleonico (uniformi agli art. 463, 464, 466 a 471 li. cc.) relativi all'atto rispettoso dovuto agli ascendenti.

• Art. 4. Non è necessario di presentare all'uf-

quando trattasi d'un diritto così interessante ed al futuro coniuge ed alla società intera, sul riflesso che questo diritto deesi esercitare irrevocabilmente. La dichiarazione d'assenza precisamente è stata identa, affinchè l'assenza d'un individuo non sospendesse indefinitamente diritti, all'esercizio de' quali hanno interesse altri individui e lo stesso Stato. Sarebbe dunque un opporsi direttamente al voto del legislatore che da par tutto favoriva grandissimamente il matrimonio, impedendolo o ritardandolo a causa dell'assenza d'un ascendente. Di più, tutti gli scrittori convengono che in questo caso il matrimonio è possibile col solo consenso della madre.

II. — Ma che bisognerà decidere se il padre è soltanto presunto assente?

Gli scrittori, intorno a ciò, non sono più di accordo. Gli uni dicono che anche in questo caso è sufficiente il consenso della madre, come se fosse dichiarata l'assenza del padre, adducendo in sostegno della loro decisione l'art. 155 [169] il quale prescrive che in caso d'assenza presunta dell'ascendente, il cui consiglio, se fosse presente, sarebbe stato necessario al figlio maggiore, costui possa contrarre matrimonio senza attendere questo consiglio, purchè dimostri l'assenza del suo ascendente. Gli altri pretendono che la cosa non potrebbe procedere così: non si può, dicono (ed intorno a ciò hanno ragione), argomentare, pel caso in cui il consenso è necessario, dall'art. 155 [169], il quale parla soltanto di figli maggiori che non hanno bisogno che del consiglio del loro ascendente, e che potrebbero, se costui fosse presente, maritarsi suo malgrado notificandogli gli atti rispettosì. Soggiungono che quest'art.

fiziale dello stato civile gli atti di morte del padre e della madre de' futuri sposi, qualora i loro avoli ed avoie ne attestino la morte.

• 2. Se non si possono produrre gli atti di morte o la prova dell'assenza del padre o della madre, degli avoli e delle avoie (dei quali sarebbe necessario il consenso o consiglio) per essere ignoto l'ultimo loro domicilio, l'uffiziale dello stato civile può procedere, ciò non ostante, alla celebrazione del matrimonio, purchè gli sposi sieno di età maggiore, e dichiarino con giuramento d'ignorare il luogo della morte e quello dell'ultimo domicilio de' loro ascendenti. Questa dichiarazione debb'essere accompagnata dal giuramento de' quattro testimoni presenti all'atto del matrimonio, i quali affermino che quantunque conoscano i futuri sposi, ignorano il luogo della morte e dell'ultimo domicilio de' loro ascendenti.

• L'uffiziale dello stato civile è tenuto di far nell'atto del matrimonio menzione dell'attestato indicato nell'art. 4. e delle dichiarazioni prescritte nell'art. 2, a norma de' rispettivi casi ».

(Nota del traduttore).

155 [169] è in vece contrario alla dottrina de' loro avversari, poichè permettendo il matrimonio solo quando trattasi di figli maggiori, ne segue implicitamente che lo vieta quando non ancora sono pervenuti alla maggior età. In conseguenza decidono che è insufficiente il consenso della madre allorchè il padre è presunto assente; di guisa che bisognerà attendere o la dichiarazione di assenza di costui, o la maggior età del figlio.

Quanto a noi, la quistione ci sembra facile a risolversi, e ci appoggiamo alla prima opinione. Primariamente bisogna rigettare l'argomento a *contrario* che da partigiani della seconda opinione si vuol dedurre dall'art. 153 [169]. Se quest'articolo parla di figli maggiori, ciò è avvenuto perchè essi soli si son presentati allora alla mente del legislatore, il quale esclusivamente erasene occupato ne quattro articoli precedenti, 151, 152, 153 (1) e 154 [166, 167 e 168]; mentre negli art. 148, 149 e 150 [163, 161] (2), aveva parlato de' minori. Che il legislatore concedendo ai maggiori siffatta facoltà non intendeva toglierla ai minori, è provato dallo stesso art. 153 [169], perchè vi si parla non solo della presunzione di assenza, ma anche della dichiarazione d'assenza, di modo che se l'argomento a *contrario* che se ne desume fosse legittimo, bisognerebbe dire che anche dopo l'assenza dichiarata del padre, il figlio minore non potrebbe contrarre matrimonio col solo consenso della madre: il che certo nessuno sosterrà. Bisogna dunque convenire che rispetto ai figli minori la quistione non è sciolta dall'art. 153 [169]. . . Confutatosi tale argomento, e rimanendo intatta la quistione, la decideremo in favore del figlio, non già secondo l'art. 153 [169] che nulla prova nè pro nè contra, ma secondo i principi che ci sembrano certi.

E da prima, lo stesso nostro articolo ci pare sufficiente per risolverla. In fatti poniamo mente al valore de' termini di quest'articolo: il figlio minore, giusta la legge, non può legarsi in matrimonio senza il consenso di suo padre e di sua madre: ma intanto niuno è

tenuto all'impossibile; se al figlio dunque riesce impossibile non solamente d'ottenere, ma di dimandare eziandio il consenso ad un solo de' suoi genitori, egli sarà assurdo di esigere da lui tale consenso. Ciò è, secondo noi, quel che ha voluto dire il nostro legislatore con questi detti: *Se l'uno de' due trovasi nella impossibilità di manifestare la propria volontà*. Qualora il padre è assente, anche semplicemente presunto tale, si può a costui chiedere il suo consenso? No. Ecco dunque il caso di applicare l'articolo. Questa nostra opinione è da ammettersi senza difficoltà di sorta, quando ci ricorderemo che le favorevoli disposizioni debbano mai sempre intendersi nel più largo senso, *favores ampliandi*, e che il matrimonio dal legislatore con un tal favore sia guardato è tanto corto, che spesso, come noi vedremo, de-roga ni principj onde facilitarlo.

D'altra parte il poter consentire al matrimonio de' minori non è che una conseguenza o piuttosto l'esercizio della patria potestà: ora, ai termini dell'art. 141 [145], allorchè il padre è presunto assente, spetta alla madre siffatto diritto.

III. — Quando alcuno de' genitori è interdetto, sia per imbecillità, demenza o furore (art. 489 [412]), sia per effetto d'una condanna giudiziaria (codice civ. art. 28 [31], codice penale art. 29) (3), la sentenza d'interdizione sarà una prova evidente della impossibilità non reale ma legale, in cui è di manifestare la sua volontà; mentre l'interdizione lo rende agli occhi della legge incapace di avere una volontà. Se il coniuge preso da imbecillità, demenza o furore non sia ancora interdetto, bisogna notare (4) se egli abbia de' lucidi intervalli, nel qual caso non si può dire che trovisi nell'impossibilità di manifestare la sua volontà, e fa uopo profittare d'uno di questi lucidi intervalli per domandare ed ottenere il suo consenso. Se poi la mancanza della ragione sia continua o quasi continua, allora è il caso d'applicare il nostro articolo, e non si avrà l'obbligo di produrre il suo consenso addimostrando il suo stato.

(1) L'art. 153 fu soppresso nelle nostre leggi civili. (Nota del traduttore).

(2) Vedi la nota (5) pag. 269 (Nota del traduttore).

(3) L'articolo 29 del codice penale francese che parla de' lavori forzati a tempo, risponde in qualche modo all'articolo 8 delle nostre leggi penali, in dove si parla della pena de' ferri, che sottopone il condannato a fatiche penose a profitto dello Stato. (Nota del traduttore).

(4) Un rescritto de' sette febbrajo 1814 venne ad escludere la distinzione qui sostenuta dall'autore. Esso è del tenor seguente: « Si è disputato

» se il figlio o la figlia di genitori che trovinsi in
» istato di demenza e d'imbecillità (sieno oppur no
» legalmente interdetti, o sommessi alla cura di
» amministratore provvisorio, o che trovinsi sog-
» getti tuttora al giudizio d'interdizione) allorchè
» sieno pervenuti all'età maggiore difinita nel-
» l'art. 163 li. cc., voleano contrarre matrimonio
» debbono oppur no adempire alla notificazione
» degli atti rispettivi. Sua Maestà nel Consiglio
» ordinario di Stato del dì 7 andante mese, con-
» siderando non esser dicibile di sciogliere affatto
» le relazioni di rispetto, di onoranza, di dipen-
» denza, del figlio maggiore di anni 25 e della fi-

L'art. 155 [169] ci autorizza a dire che tale prova potrà farsi regolarmente per mezzo di

un atto di notorietà, firmato dal giudice di pace e da quattro testimoni.

« glia maggiore di anni 21 da' genitori che non »
 « sieno ancora nel legale stato di piena interdizione, uniformemente al parere della Consulta, si »
 « è degnata di dichiarare che agli ascendenti (del »
 « quali l'art. 166 II. cc. prescrive al figli di famiglia oltre l'età diffinita dall'art. 163 dette leggi, »
 « di chiedere pel loro matrimonio il consiglio) »
 « debbono pur farsi e ripetersi se occorre, nelle »
 « forme comuni, gli atti rispettivi, ancorchè sieno »
 « sotto giudizio d'interdizione e sieno sottoposti »
 « ad amministratore provvisorio, o sotto consumo »
 « lento, ai termini degli art. 120 e 422 delle leggi »
 « stesse, escluso soltanto il caso che l'interdizione »
 « ne sia per sentenza pronunziata ».

In quanto poi all'altra teoria qui sostenuta dal nostro autore, che cioè il genitore colpito da condanna d'interdizione in forza dell'art. 28 cod. civ. perde la patria potestà, non trova applicazione nelle nostre leggi, come quelle che hanno proscritta la morte civile; e la pena dell'ergastolo, che molto le somiglia, non fa perdere se non quei diritti che tassativamente ha designati l'articolo 16 delle leggi penali (ved. nota (3) pag. 87), nel quale non si parla punto della perdita della patria potestà. Ci piace riportare le dotte osservazioni che un profondo nostro giuriconsultante nelle fattispecie scriveva nel suo commentario delle leggi civili, in risposta all'illustre Consigliere di Suprema Corte di giustizia Nicola Gigli. Ecco le sue parole — *Quistione* — « Conserva il condannato all'ergastolo la patria potestà? »

« Abbiamo osservato che, mentre per diritto romano il deportato perdeva la patria potestà, in Europa cadde di autorità siffatta disposizione, per esserne cessati i motivi. Ora che sono cessati que' motivi non solo, ma ebe il matrimonio continua a produrre gli effetti civili, il principale di questi effetti è l'esercizio della patria potestà.

« Ma il dotto magistrato e chiarissimo professore di diritto Nicola Gigli nelle sue pregevoli note al Demante (tom. I. pag. 51 a 355) ha contrastato questa nostra opinione esposta nella prima edizione di quest'opera, e per giustificare la sua proposizione di perdere il condannato la patria potestà invoca l'art. 366 che esclude o rimuove dalla tutela il condannato ad una pena afflittiva. A questa prima obiezione si può rispondere, che non vale argomentare dalla tutela che è di diritto civile, alla patria potestà (vedi la nota all'art. 291), così che il padre o la madre esclusi o destituiti dalla tutela non sono privati della patria potestà; e conseguentemente a questo principio il rescritto del 20 agosto 1810 dispone che la madre, la quale ha perduto la tutela de' figli, conserva non pertanto il diritto di dare il consenso al loro matrimonio.

« Oppone in secondo luogo il lodato magistrato, che sarebbe contrariare lo scopo della pena dell'ergastolo conservare al condannato dal fondo di un'isola l'esercizio del diritto di patria potestà, che suppone capacità e mezzi per esercitarla. Un uomo degradato, colpevole di un delitto capitale, allontanato dal consorzio degli uomini, quale confidenza può ispirare per regolare la condotta civile e morale de' figli, amministrare il loro patrimonio?

« Per quanto sieno potenti queste considerazioni, si possono contrapporre altre di non minore importanza. Un uomo per quanto colpevole fosse non ha abjurato i sentimenti della natura rinunciando all'amore verso i figliuoli: un reo di delitto capitale può essere proscritto dalla società, ma non cessa di essere padre, che pel figlio è l'immagine di Dio in questa terra. La virtù domestica molto influisce su l'pubblici costumi, ed il mezzo potente per conservarlo è mantenere i figli sotto l'ubbidienza del padre. Or non bisogna avvezzando i figli ad insorgere contro l'autorità paterna, scioglierli da quella ubbidienza che è dovuta all'autore de' nostri giorni, e trovare nella legge un titolo che rompesse quel giusto e salutare freno che nasce dalla patria potestà. Manca, è vero, di mezzi il condannato per esercitare la patria potestà, ma è questa una ragione valevole a fargli perdere tale autorità? Se questa ragione valesse, bisognerebbe dire egualmente, che i condannati all'esilio perpetuo dal regno o alla rilegazione dovessero perdere la patria potestà; perchè all'uno ed all'altro mancano pure i mezzi per esercitarla. L'art. 445 relativo alla cura de' figli di un assente non potrebbe essere opportunamente invocato per conciliare gl'interessi de' figli ed i diritti del padre?

« Oltre a ciò, l'usufrutto legale su' beni de' figli non si estingue per la condanna all'ergastolo (vedi pag. 435); ed il signor Gigli ne conviene. L'usufrutto legale è una conseguenza della patria potestà, e non ci sembra concludente che la condanna in parte estingua ed in parte conservi gli effetti della patria potestà. Non vi è sistema di transizione a fare. Convenendosi che l'usufrutto legale non rimanga estinto per la condanna, si deve concludere che il condannato conserva la patria potestà.

« Da ultimo non è dispregevole osservare, che quella patria potestà tutta di diritto civile e propria di diritto romano, siccome testifica *Giustiniano* nel § 2. *Instit. de patria potest.*, non è stata al certo in Europa in alcun modo osservata per tutte le considerazioni politiche, civili e religiose, le quali determinarono la coscienza universale de' popoli a considerare la patria potestà come un diritto delle genti, così che tutte le conseguenze del principio romano in materia di patria potestà non ebbero alcuna autorità in Europa, su di che è a vedersi *Grozio, Introd. lib. 4. part. 6; Gudelin, de jure noviss.*, lib. 4. cap. 43. Laonde essendo la patria potestà di diritto delle genti, nella stessa Francia si è messo in controversia se il *morto civile* ne sia privato (ved. *Mazzerat*, quest. 29), appunto perchè i giuriconsulti francesi convenivano che non è il *morto civile* spogliato delle facoltà del diritto delle genti. E come poi presso di noi risolvere il dubbio contro la patria potestà, quando tutti i principi di diritto civile e canonico concorrono a vedere rispettato un diritto che ha il fondamento nella morale, nel diritto delle genti, che è stato conservato anche in tempi in cui la pompa de' supplizi e la durezza delle leggi tenevasi in gran conto? » Ved. *Miraglia le leggi civili*, vol. 1, pag. 129, 2. ediz.

IV. — La madre vedova che non sia tutrice di suo figlio, tanto se abbia rinunciato alla tutela (art. 394 [316]), quanto se, rimaritando, il consiglio di famiglia non le abbia conservata la qualità di tutrice (art. 398 [320]), è ella idonea di consentire al matrimonio di suo figlio?

Noi non esitiamo punto per l'affermativa. La è indubitata cosa che in tal caso la madre non ha alcun diritto rispetto all'alienazione od amministrazione de' beni di suo figlio, ma noi però non iscorriamo qual rapporto possa stabilirsi tra il diritto che riguarda i beni, e quello che ha relazione al matrimonio; sono due cose distintissime e per le quali la legge ha statuito norme diverse. È questo il motivo speciale che il figlio di famiglia in quanto

ai suoi beni è maggiore a ventun anno, ed in faccia al matrimonio non lo è che a venticinque. In questo caso, spetta al tutore l'amministrazione de' beni, ed alla madre ad acconsentire al matrimonio; ed in ciò non vi è nulla di straordinario. Facendo prevalere l'opinione contraria, bisogna dichiarare incapace di non consentire al matrimonio non pure la madre esclusa dalla tutela, ma anche il padre che ne fosse stato dispensato a causa della sua infermità, o della sua età (art. 433 e 434 [355 e 356]); imperocchè costui, in questa ipotesi, non ha l'amministrazione de' beni. E però, per ammettere la dottrina che confutiamo, bisogna attribuire al nostro articolo una restrizione che non è autorizzata da alcun motivo.

Non sappiamo poi accommarci all'idea di questo savio giureconsulto, il quale nell'ultimo paragrafo della nota (3) pag. 205 della citata opera, invocando gli articoli 164 e 425 II. cc. e 47 leg. pen. si fa a dire che il condannato ai ferri perché interdetto non deve dare consenso al matrimonio del figlio. L'articolo 164 II. cc. per lui invocato parla dell'impossibilità in cui si può trovare il padre a manifestare la sua volontà, impossibilità che egli stesso nella nota (2) a quest'articolo, la fa derivare soltanto dallo stato di assenza o di demenza in cui si può rinvenire il genitore. L'altro articolo poi 425 II. cc. parla della nullità degli atti che l'interdetto civile, dopo la sentenza che l'avrà dichiarato tale, avrà potuto fare. Né dalle parole di quest'articolo, né da tutto il capitolo II del titolo XI delle leggi civili si può rilevare che l'interdizione civile fosse quella di cui fa parola l'articolo 47 delle leggi penali. Ed in vero quest'articolo sta scritto nel seguente modo: — *la condanna ai ferri, anche nel presidio e la condanna alla reclusione porta seco la perpetua interdizione da' pubblici uffizi e l'interdizione patrimoniale durante la pena.* — L'interdizione da' pubblici uffizi poi per l'articolo 44 delle medesime leggi consiste — *nella esclusione del condannato da ogni funzione o impiego pubblico, e nella incapacità di essere tutore o curatore, tranne pe' suoi figliuoli, e col voto del consiglio di famiglia.* —; nelle quali parole lungi dal rinvenirvi il divieto pel condannato ai ferri di dare il suo consenso al matrimonio del figlio, vi si scorge al contrario l'inverso. Ed in fatti il legislatore ha distinto nell'articolo la funzione o impiego pubblico dalla tutela o curatela, tanto è stato alieno dall'annoverare tra gli impieghi pubblici ciò che ha relazione alla famiglia. Per potersi ammettere l'idea dell'autore, la tutela e la curatela dovrebbero essere funzioni o impieghi pubblici, e la patria potestà dovrebbe essere lo stesso che la tutela o curatela, ed anche in questo caso dipenderebbe dal consiglio di famiglia. Tutoris, diceva l'imperatore Giustiniano nel § 3 delle sue instituta al titolo de tutela, autem sunt qui eam vim ac potestatem habent, exque ipsa re nomen acceperunt, itaque appellantur tutores quasi tutores atque defensores. Sotto quest'aspetto generale si potrebbe sostenere che le cure che i genitori prendono de' fi-

gli sieno una tutela. Ma per le nostre leggi il padre durante il matrimonio si dice amministratore e non tutore o curatore de' suoi figli: la tutela non comincia che dopo la morte di uno de' genitori; e per le nostre leggi enorme differenza intercede tra la tutela e la patria potestà. E per vero, 1. la patria potestà è in gran parte instituita a pro dei genitori, e la tutela lo è a pro de' figli: 2. la patria potestà è un dritto e la tutela è un peso: 3. i genitori, esercitando gli atti della patria potestà, agiscono in loro nome, mentre il tutore agisce in nome del minore: 4. il padre e la madre esclusi o destituiti dalla tutela conservano la patria potestà, mentre se la patria potestà fosse lo stesso che la tutela, amossi da questa, rimarrebbero privi di quella. Inoltre se si dovesse ammettere l'opinione del dotto commentatore, dovremmo dire che anche il condannato alla reclusione ed alla relegazione rimarrebbero privi del dritto di acconsentire al matrimonio del figlio, poichè anche questi sono dichiarati interdetti dalla legge: che anzi lo stesso condannato a pene correzionali ove il giudice crede aggiungerci la pena della interdizione, rimarrebbe destituito di questo dritto durante siffatta pena accessoria. E poi noi ci facciamo a dimandare all'illustre scrittore: — Il dritto che perde il dannato ai ferri di acconsentire al matrimonio del figlio, lo considerate come pena principale o come effetto? Nel primo caso non è permesso ritenere una pena che non è sanzionata espressamente dalla legge, tanto che a pena di nullità deve andar trascritto nella decisione il testo della legge che la fulmina (art. 294 proced. pen.); nel secondo poi, l'effetto e la conseguenza di un'altra pena deve ritenersi nel solo caso che la legge l'avesse determinato (art. 28 leg. civ.). Laonde noi in vista di siffatte ragioni concludiamo che non ci sembra ammissibile l'opinione del chiaro giureconsulto, e quindi a qualunque pena un genitore fosse stato dannato, il figlio che vuol contrarre matrimonio ha bisogno del suo consenso; e l'uffiziale dello stato civile non può, senza incorrere nelle sanzioni della legge, ricevere la solenne promessa di un figlio di un dannato a qualsiasi pena, senza il consenso di costui o dell'atto rispettoso ove ne sia il caso. (Nota del traduttore).

Murcald V. I.

Delvincourt, che difende l'opinione contraria alla nostra, ci presenta una lunga dissensione in cui la questione è esaminata più dal lato legislativo che da quello del diritto, nella quale un solo argomento presenta alcun che di specioso. Esso è così concepito: « Secondo l'art. 1398 [1352] un minore può fare ogni specie di donazione nel suo contratto di matrimonio, purché sia assistito dalle persone il cui consenso è necessario per potersi validamente maritare. Dunque se il consenso della madre vedova e non tutrice fosse sufficiente pel matrimonio del suo figlio minore, costui con l'assistenza di lei potrebbe nel suo contratto di matrimonio disporre del quarto, della metà od anche della totalità de' suoi beni. Ma in ciò vi sarebbe una contraddizione inammissibile, poichè, eccetto il caso di matrimonio, la madre non può autorizzare il suo figlio minore a disporre del più lieve obbietto. »

Questo argomento non ha alcuna forza, e da qui a poco osserveremo la sua fallacia. Nullameno, prima di rispondere all'obiezione di Delvincourt, dobbiamo opporgliene una alla quale dà luogo la sua dottrina e che sola sarebbe più che sufficiente a dimostrarla in contraddizione flagrante con lo spirito della legge. . . . Delvincourt deduce l'incapacità di consentire al matrimonio da quella di autorizzare il figlio a donare. Ebbene, secondo questo principio sarebbero incapaci ad acconsentire al matrimonio del loro figlio minore non solo la madre che non è tutrice ed il padre che non è tutore, ma eziandio la madre mantenuta nella tutela, ed anche il padre non ostante che fosse tutore. In fatti un tutore non può giammai autorizzare il suo minore a donare non solo la totalità, ma neppure una parte qualunque dei suoi beni; egli stesso, per alienare un solo immobile a titolo oneroso, ha bisogno d'essere autorizzato dal consiglio di famiglia. Ammettendosi dunque la dottrina che confutiamo, per esser conseguente bisognerebbe cancellare dal Codice l'art. 149 [161] (1), e dire che dopo la morte d'uno de' genitori, il consenso dell'altro, sia o pur no tutore, non sarà giammai sufficiente pel matrimonio de' suoi figli. . . . Spieghiamo ora brevemente lo spirito dell'art. 1398 [1352], sul quale Delvincourt poggia la dottrina che combattiamo.

La legge nel contratto che regola le convenzioni matrimoniali, per favorire i matrimoni, ha permesso disposizioni le quali essa dichiara nulle in altra congiun-

za (ravvicinato soprattutto l'art. 932 [856] all'art. 1087 [1042]; l'art. 943 [867] all'art. 1082 [1038]; gli art. 944, 945 e 946 [868, 869 e 870] all'art. 1086 (2)), la legge, ripetiamo, ha voluto che un minore nel suo contratto di matrimonio potesse fare tutte le convenzioni e donazioni che stimasse convenienti, come se fosse maggiore, a condizione soltanto d'essere assistito da coloro il cui consenso gli è necessario per maritarsi. Sotto tale condizione, il minore per questa circostanza è reputato maggiore; e però non il suo tutore come in tutti gli altri casi, ma egli medesimo consente alle convenzioni o donazioni di cui parliamo. Dunque poco monta che il padre (o la madre) che allora lo assiste, sia o pur no suo tutore; imperocchè in tal caso il figlio si reputa non esser più sottoposto a tutela; costui per questo caso soltanto ha una capacità piena ed intera, una capacità, come lo abbiamo fatto notare, maggiore di quella dello stesso tutore. Non havvi dunque nulla di comune tra il privilegio dell'art. 1398 [1352] ed i principii della tutela che sono del tutto estranei alla questione che abbiamo discussa (3).

V. — Se la persona il cui consenso era necessario lo abbia dato, ma morisse o si trovasse nella impossibilità di manifestare la sua volontà prima della celebrazione del matrimonio, il consenso ottenuto è sufficiente o pure sarà mestieri dimandare quello dell'individuo a cui si è trasmesso il diritto di consentire? . . . Delvincourt risponde che basta il primo consenso non ostante la morte di colui che lo abbia dato, ma non adduce alcuna ragione di questa sua opinione che ci sembra inammissibile.

Pel mio matrimonio è uopo che io ottenga il consenso di colui alla potestà del quale sono sottoposto al tempo di questo matrimonio. Così, per esempio, io ho già ottenuto il consenso di mio padre; ma ora che dee celebrarsi il matrimonio, mio padre è privo di tale potestà, di cui se ne trova investita mia madre. Ebbene, mia madre presentemente ha il medesimo potere che avea mio padre; ella può dunque rievocare il consenso prestato da costui, come avrebbe potuto rievocarlo egli stesso. Inutilmente si risponde che il padre essendo morto annuendo al matrimonio, il suo consenso dev'esser reputato sempre valevole; di guisa che la madre non può opporsi all'effettuazione del matrimonio, atteso che in caso di discrepanza è sufficiente il consenso del padre. Se il padre è morto, il diritto di consentire o dissentire

(1) Vedi la nota (5) pag. 269 (Nota del traduttore).

(2) Soppresso nelle nostre leggi. (Nota del traduttore).

(3) V. Osservazioni preliminari del cap. I, n.º II.

sempre esiste; la madre cui è passato, cui oggidì esclusivamente appartiene, può farne quell'uso che crederà più conveniente; dunque non è il caso di dire che havvi dissentimento. Del rimanente non è possibile che circostanze, ignorate a quell'epoca dal padre, ora lo decidessero, se tuttora visse, a rinvocare il consenso che precedentemente aveva dato?

Se poi la persona, cui al presente appartiene il diritto di consentire non rinvocasse il consenso ottenuto, il suo silenzio potrebbe ritenere come una ratifica di tale consenso; ed è questo il caso in cui potrebbero dire che il consenso ottenuto sussiste sempre, poichè niuno lo rinvoca. È vero che Zachariae (III, 267) e Demolombe (III, 58) sono contrari a quest'ultima idea, fondando la loro dottrina sul motivo che è necessario il consenso *formale* e non tacito della persona cui appartiene *presentemente* il diritto di consentire; ma sembraci troppo severa tale dottrina, secondo la quale nientemeno sarebbero nulli tutti i matrimoni contratti nelle circostanze di cui trattasi, e quindi persistiamo nell'opinione che secondo i casi dovrà considerarsi l'ascendente attualmente in istato di consentire, per via del suo silenzio, appropriarsi il consenso espresso dall'altro.

150 [161] (1). — Se il padre e la madre fossero morti, o si trovassero nella impossibilità di manifestare la loro volontà, gli avi e le avole subentrano nel loro luogo; se l'avo e l'vola della medesima linea sono discordi, basta il consenso dell'avo.

(1) Vedi lanota (5) pag. 269. Qui è da aggiungersi che la madre rimaritata e non conservata nella tutela ritiene pel rescritto de' 20 agosto 1840 il diritto di consentire al matrimonio de' figli minori del primo letto, e di dar loro il consiglio, previo gli atti rispettivi, qualora sieno di età maggiore.

A quest'articolo 161 fa seguito l'articolo 165 che è tutto nuovo nelle nostre leggi civili. Esso è così scritto: «Quando il dissenso de' genitori o dell'avo paterno sia ingiusto e ripugnante al bene de' figli, il Re presa conoscenza dell'affare, supplirà la mancanza del loro consenso. — Quest'articolo ha fatto rivivere la drammatica del 26 giugno 1774 de *matrim. a filiis familias contrah.* In dove era scritto che — a secondo le occorrenze e » le circostanze de' casi riserbiamo alla nostra sovrana autorità, come padre comune de' nostri » sudditi, il supplire al dissenso paterno e dispen- » sare alla legge secondo che meglio ci sembrerà.

Un rescritto del 6 maggio 1820 ordinò che le dimande dirette ad ottenere dispense al consenso di un ascendente ad un matrimonio di un figlio minore, pe' motivi espressi nell'enunciato articolo 165, si debbono rimettere al Regio procuratore del tribunale civile della provincia ove è domiciliato l'ascendente che nega il suo consenso. Il Regio

Se vi è disparere tra le due linee, ciò equivale al consenso.

SOMMARIO.

- I. Fa menzione estendere la disposizione dell'articolo ai bisavoli, trisavoli, ecc.; la breve, a tutti gli ascendenti.
- II. L'ascendente più prossimo è chiamato a dare il suo consenso solo quando l'ascendente più prossimo è morto o non può esprimere la sua volontà. — Non è rigorosamente necessario constatare la morte dell'ascendente più prossimo con un atto regolare di morte.
- III. Per gli ascendenti, occupa il padre e la madre, la preferenza del grado più prossimo e la preponderanza del sesso esiste soltanto in ciascuna linea, e non da una linea sull'altra. Errore di Voletta.
- IV. La preponderanza del sesso non esiste neppure tra i due rami d'una medesima linea; il disparere tra questi due rami equivale sempre al consenso di questa linea.

I. — Avvegnachè questo articolo parli solo di avi ed avole, egli è non pertanto per nulla dubbioso che il legislatore abbia inteso applicare questa disposizione a tutti gli ascendenti. In tutto il titolo della *Tutela* ed in quello delle *Successioni*, tutti gli ascendenti, a qualunque grado appartengano, sono separatamente classificati e preferiti ai collaterali. D'altra parte il vocabolo *avi* è generico, da cui derivano quelli di *bisavoli* e *trisavoli*; di tal che questi ultimi sono compresi nel primo. E però la legge, dopo aver detto nell'art. 173 [182] che il diritto di fare opposizione appartiene al padre, ed in mancanza del padre alla madre, e mancando ambedue agli *avi* ed alle *avole*, soggiunge, nell'art. 174 [183], che non essendovi alcun ascendente, tale diritto passa ai collaterali; il che dimostra che l'art. 173 [182] con le voci *avi* ed *avole* indica tutti gli ascendenti.

Dunque se il padre, la madre, gli avi e le

Procuratore una col Presidente del tribunale deve ascoltare le parti e raccogliere le indagini ed i documenti, su' quali le medesime fossero fondate e redigere esatto processo verbale che poi rimetterà al ministro di grazia e giustizia, in vista del quale il Re accorda o denega il suo assenso.

Un altro rescritto de' 23 settembre 1835 dispose che i Regi Procuratori dovessero scrupolosamente attendere alla istruzione di dette dimande, senza farsi lecito, ove non fossero avvalorate da giusti ed importanti motivi, appoggiarle. — Un ultimo rescritto de' 5 settembre 1838 comandò che i Presidenti ed i Procuratori del Re per queste dimande dovessero avere specialmente in considerazione l'età de' figliuoli, e tutto ciò che l'esperienza e la prudenza di saggio padre di famiglia sembrino suggerire e richiedere sulla convenienza delle persone e delle loro relazioni.

Un decreto infine de' 25 gennaio 1842 dispose che nel caso enunciato nell'articolo in disamina, lo sposo in età minore nel contratto di matrimonio verrà assistito da un curatore *ad hoc* da destinarsi dal tribunale civile del domicilio del minore, ed il contratto che si stipuli all'opo dovrà omologarsi dal tribunale medesimo.

(Nota del traduttore).

avole fossero morti o nell'impossibilità di manifestare la loro volontà, il figlio non può contrarre matrimonio se non col consenso degli altri suoi ascendenti, purché esistano tuttavia.

II. — È chiaro che il consenso dell'ascendente più remoto sarà valido soltanto allorché sarà dimostrata la morte dell'ascendente più prossimo, o l'impossibilità in cui trovasi di poter manifestare la sua volontà. Peraltro, quanto alla prova di morte, non deesi essere in questa ipotesi così rigoroso come negli altri casi ordinari, ed imperativamente chiedere la presentazione dell'atto di morte. In fatti, secondo l'art. 71 [73], l'atto di nascita de' futuri coniugi, molto più interessante dell'atto di morte del padre e della madre, può esser surrogato da un atto di notorietà; dunque, secondo lo spirito della legge, l'atto di morte de' genitori potrà supplirsi con una formalità più semplice ancora d'un atto di notorietà. In somma interessa ben poco che un giovine si mariti col consenso del padre od in mancanza di costui con quello dell'avolo.

Il consiglio di stato, prendendo in considerazione il fatto motivo, emise il 4 termidoro anno XIII (23 luglio 1805) un avviso secondo il quale, 1° non è necessario di produrre l'atto di morte de' genitori, allorché l'avo ne attesti la morte; 2° non esistendo alcun ascendente che possa ciò attestare, la morte sarà sufficientemente dimostrata con la dichiarazione giurata de' futuri coniugi che egliino ignorano il luogo ove son trapassati, purché da testimoni del matrimonio si attesti altrettanto.

E poichè in questa ipotesi dobbiamo attenerci alla dichiarazione d'un avo qualunque ed in mancanza d'avi a quella dello stesso futuro conjugie rispetto alla morte de' genitori, con più forte motivo dobbiamo contentarci dell'attestato del padre relativamente alla morte della madre, o viceversa. Demolombe (III, 40) all'invano cerca d'oppugnare siffatta conclusione, sostenendo che questo caso è più grave di quello preveduto dall'avviso del Consiglio di stato. Se deesi prestar fede ad un avo che attesta la morte *e del padre e della madre*, perchè ad uno di costoro attestante la morte dell'altro non deesi credere? Se si fosse temuto che una madre falsamente dichiarasse la morte di suo marito da sì lontano, per maritare un figlio contro la volontà di suo padre, non avremmo dovuto reputare più facile ancora che un'avola maritasse in sì fatto modo suo nipote contro la volontà e del padre e della madre; e soprattutto poi che il figlio medesimo, in mancanza d'avi, togliessi moglie mediante la sola sua bugiarda dichiarazione? La regola

dell'avviso precitato è dunque applicabile a *fortiori* al caso che abbiamo indicato, e ragionevolmente gli scrittori che trattano la questione rigettano l'idea di Demolombe. Ved. Duranton (II, 88), Vazeille (I, 123), Zachariae (III, p. 264).

III. — Intanto, relativamente al diritto di consentire, qual è l'ordine onde gli ascendenti son chiamati ad esercitarlo?

E da prima, l'avo d'una linea escluderà un bisavolo d'un'altra linea? . . . No; ciascuna linea sarà rappresentata dall'ascendente più prossimo di lui. In mancanza del padre e della madre dice il nostro articolo, « gli avi ed avole (vale a dire *gli ascendenti*) li surrogheranno; notisi che non è l'ascendente più prossimo ma *gli ascendenti*; or la sola facoltà di consentire, concessa dall'articolo 149 [164] (1) al sopravvivente de' genitori, non essendo ripetuta dal nostro articolo, il diritto appartiene alle due linee simultaneamente. Dall'altra parte il favore che il legislatore accorda sempre al matrimonio, favore che anche qui nel secondo comma dell'articolo si manifesta, permettendo il matrimonio in caso di discrepanza delle due linee, richiede che dasi luogo a tale disparere il più spesso che sia possibile, affinché il matrimonio possa più facilmente effettuarsi.

E però, dopo la morte de' genitori, la preferenza del grado più prossimo e la preponderanza del sesso esistono senza dubbio in ciascuna linea separatamente, ma non in una linea in paragone dell'altra.

Esistono per esempio per soli ascendenti, un bisavolo ed una bisavola materni, marito e moglie. Il matrimonio non si effettuerà se questo bisavolo è di parere contrario, e la bisavola favorevole; per l'opposto poi potrà aver luogo se il bisavolo vi acconsente e la bisavola è di contrario avviso. Positivamente ciò dicesi dal nostro articolo: « Se l'avo e l'avo- » *la della medesima linea sono discordi* (e » bisogna dire tra un ascendente ed un al- » tro ascendente, marito e moglie, di qua- » lunque grado sieno), *basta il consenso del- » l'avo.* » Avvi qui preponderanza di sesso; ma se questa bisavola materna, addivenuta vedova, dovesse prestare il consenso insieme con un avo di linea paterna, il consenso di lei sarebbe sufficiente, non ostante il disparere dell'avo paterno, perchè costei rappresentando allora esclusivamente la sua linea, vi sarebbe discrepanza tra le due linee. Dunque, avvegnachè l'ascendente che ricusa, in una linea, sia di secondo grado, mentre quello che acconsente, nell'altra, sia di terzo; avvegnachè il primo ascendente sia

(1) Vedl la nota (5) pag. 269. (Nota del traduttore).

maschio, mentre l'altro è femina; avvegna-
chè finalmente l'uno appartenga alla linea
paterna, e l'altro soltanto alla materna; non
ostante la riunione di queste tre circostanze
(una sola delle quali, secondo l'articolo 402
[323], farebbe decidere in favore del primo
ascendente, trattandosi del conseguimento
della tutela legittima), pure la volontà del
secondo prevalerebbe, perchè la legge di-
chiara possibile il matrimonio ogni qual
volta havvi disparere fra le due linee.

Siamo dunque di avviso, e Demolombe
adotta in questa ipotesi la nostra idea (III,
47 e 49), che sia erroneo, come dice Valette
(su Proudhon, I, p. 397) che in una linea es-
sistero un avo, e nell'altra un bisavolo, per
analogia delle regole sulla tutela, deesi sol-
tanto consultare il primo.

IV. — Ci rimane ora ad esaminare un pun-
to fin ora non preveduto da alcuno scrittore,
e che intanto in un modo del tutto naturale
si presenta allo spirito. Trattasi di sapere
quel che avverrebbe se il figlio avesse anco-
ra in una medesima linea: 1° due bisavoli,
o 2° due bisavole, o 3° un bisavolo ed una
bisavola che non fossero marito e moglie....
Così, il padre del padre di mio padre, ed il
padre della madre di mio padre, in altri ter-
mini, il suo avo paterno ed il suo avo ma-
terno rispetto a me sono due bisavoli, l'uno
e l'altro paterni; similmente le due ave pa-
terne e materne di mio padre sono mie bi-
savole paterne; dicasi lo stesso dal lato di
mia madre. Or può succedere che all'epoca
del mio matrimonio sieno nati i miei ge-
nitori, gli avi e le ave, e soltanto esistano
ancora, sia dal lato di mio padre, sia da quel-
la di mia madre, i miei due bisavoli o bisav-
vole, ovvero un bisavolo ed una bisavola che
non fossero marito e moglie.

Abbiamo detto un bisavolo ed una bisav-
vola che non fossero marito e moglie; impe-
rocchè non vi sarebbe alcuna difficoltà se
costoro fossero congiunti in matrimonio, se
amendue fossero l'avo e l'ava paterni o ma-
terni di mio padre o di mia madre; in tal
caso l'uno e l'altro si calcolerebbero per un
solo individuo, perchè il marito essendo
sempre il capo della famiglia, per analogia
dell'art. 148 [163] e del nostro art. 150
[161] (1), in caso di disparere prevalerebbe
la sua volontà. Ma non è questa la nostra
ipotesi; noi supponiamo che de' due ascen-
denti l'uno sia l'avo paterno, l'altro l'avo
materno di mio padre o di mia madre.

Si fatto concorso di bisavoli nell'una o
nell'altra linea è particolarmente regolato
dal codice, allorchè tratta delle tutele legiti-

time (si osservino gli art. 403 e 404 [324 e
325] i quali non parlano di *bisavole*, perchè
le donne, eccetto la madre, non sono tutrici
legittime). La legge dunque non se ne oc-
cupa pel caso di matrimonio, senza dubbio
perchè il figlio potendosi trovar sottoposto
a tutela fin dalla sua nascita, mentre to-
gliendo moglie a quindici o diciotto anni al
più presto, l'esistenza di bisavoli, rara già
per un pupillo, in questa ipotesi è sembrata
impossibile. Una donna intanto all'età di
sessantatré anni potrebbe essere la bisavola
legittima d'una giovane di quindici anni; ed
ammettendo, per maggior latitudine, esser
necessario per ogni generazione il periodo
di ventun anno, un vecchio di ottantasei od
ottantotto anni sarebbe bisavolo d'un gio-
vane di ventiquattro o venticinque anni. L'ef-
fettuazione dell'ipotesi non è dunque im-
possibile, e la sua estrema rarità non potreb-
be far rigettare il suo esame. Ebbene! che
cosa si deciderà in questo caso?

La questione non ci sembra per nulla dif-
ficoltosa.

Le due branche d'una medesima linea sono
l'una rispetto all'altra quel che sono tra loro
le due linee; per conseguenza il disparere
tra queste due branche equivarrà a consenso
della linea cui esse appartengono. Il codice
in fatti pel matrimonio ha stabilito un siste-
ma del tutto diverso da quello che esso a-
dotta nel caso della tutela legittima. Primie-
ramente la legge quanto alla tutela esclude
le ascendenti, eccetto la madre, e vi chiama
soltanto gli ascendenti maschi; in secondo
luogo anche tra essi la preferenza è deter-
minata dalla generazione per maschi. Così,
l'avo paterno è preferito all'avo materno, un
bisavolo paterno a quello materno, e via via
discorrendo (art. 403 [323]): ond'è che tra due
bisavoli paterni si preferisce quello al quale
il figlio ha relazione per via di maschi, vale
a dire l'avo paterno del padre (art. 403 [321]);
e rispetto ai due bisavoli materni, siccome la
loro parentela col minore non procede da
maschi, e perciò non esiste la causa di pre-
ferenza, sarà nominato tra amendue quello
che il consiglio di famiglia vorrà scegliere
(art. 403 [325]). Ecco dunque, relativamente
alla tutela, il sistema della legge, 1° am-
missione de' soli ascendenti maschi; 2° pre-
ferenza fondata unicamente sulla genera-
zione maschile. È questo l'unico sistema che
tiene la legge nelle tutele.

La cosa va altrimenti rispetto al consenso
al matrimonio. 1° Le ascendenti sono chia-
mate a prestare il loro consenso come gli
ascendenti: *gli avi e le ave*, dice il nostro
articolo, surrogano il padre e la madre.
2° La linea materna è interamente assimilata
alla paterna; poichè il *disparere equivale a*

(1) Vedi la nota (5) pag. 269. (Nota del tradut-
tore.)

consenso, senza che si debba prendere in considerazione quale delle due linee acconsenta e quale dissenta. 3° Una ascendente ha la medesima autorità d'un ascendente, purché costui non le fosse marito. In fatti, secondo l'ultimo inciso del nostro articolo, il disparere equivale a consenso, senza che debbasi distinguere se ciascuna linea è rappresentata da un uomo, o se l'una lo sia da un uomo e l'altra da una donna. Il caso nel quale il secondo inciso di questo medesimo articolo fa prevalere la volontà dell'ascendente, è quello di dissentimento tra l'avo o l'ava della medesima linea, amendue paterni o materni, e per conseguenza tra marito e moglie.

Da ciò segue che se un figlio, avendo perduto i genitori e gli avoli e le avole, ed avesse ancora i suoi due bisavoli e bisavole paterni, un solo bisavolo e le due bisavole materne, il consenso prestato da quella delle due bisavole materne che è vedova prevalebbe non ostante l'unanime rifiuto degli altri sei. In fatto il consenso di questa bisavola vedova la quale rappresenta da sé sola il suo ramo, costituisce disparere tra i due rami, e perciò equivale ad un consenso della linea materna; quindi il fatto consenso rispetto al rifiuto della linea paterna dà luogo a disparere tra le due linee e rende il matrimonio possibile.

151 [166]. — I figli di famiglia, giunti alla maggiore età determinata dall'art. 148 [163], sono tenuti, prima di contrarre matrimonio, a chiedere con un atto rispettoso e formale il consiglio del padre o della madre loro, o quello dell'avolo o dell'avola, qualora il padre e la madre fossero mancanti di vita, o si trovassero nella impossibilità di manifestare la loro volontà (1).

1. — In questa ipotesi non è uopo dimandare il consenso, ma soltanto il consiglio degli ascendenti; il figlio è maggiore, e la domanda che da lui richiede la legge è per così dire una formalità ingiunta pel rispetto cui sempre siamo tenuti verso i propri parenti. E però, come osserveremo nell'articolo seguente, il matrimonio non potrà esser impedito dal dissentimento de' parenti.

(1) L'articolo 166, delle nostre leggi civili fu redatto così: « I figli di famiglia giunti all'età definita nell'articolo 163, sono tenuti prima di contrarre matrimonio, a chiedere con atto rispettoso e formale il consiglio del padre e della madre, o dell'avo paterno e della madre nel caso che il padre fosse mancato di vita, o si trovasse nella impossibilità di manifestare la sua volontà ». — {Nota del traduttore}.

(2) Qualora al primo atto rispettoso non segue l'annuenza de' genitori per la celebrazione del ma-

Sebbene non si dica dalla legge, è chiaro però che bisogna qui ripetere quel che abbiamo detto precedentemente intorno al consenso. Ond'è, 1° che se il padre o la madre sieno nello stato di manifestare la loro volontà, dovranno esser consultati amendue; ma il consenso del padre sarà sufficiente e renderà inutile la notificazione d'atti rispettosi; 2° che se l'uno di essi sia morto o gli riesca impossibile di esprimere il suo consenso, è necessario chiedere il solo consiglio dell'altro; 3° finalmente, che se il padre e la madre non possano manifestare la loro volontà, il consenso prestato da una delle due linee renderà inutile la notificazione degli atti rispettosi.

II. — Nell'antica giurisprudenza chiamavasi ordinariamente *intimazione* rispettosa l'atto richiesto qui dalla legge (Veg. Pothier, *contrat. di matrim.* n° 340). Si fatta denominazione, ancora in uso, è quanto mai impropria; perciocchè il vocabolo *intimazione* contiene un'idea che esclude quella di *rispetto*, perlochè il nostro legislatore non ha voluto che un figlio potesse *intimare* ai suoi parenti di acconsentire al suo matrimonio. Non è quindi un'*intimazione di acconsentire* che fa il figlio ai genitori, ma sibbene un avviso che dà loro che egli intende menar moglie non ostante il loro dissentimento. Per la qual cosa la legge ha prescritto che la notificazione di tale atto fosse praticata da notaio in luogo d'un usciere, la cui presenza in generale si soffre mal volentieri ed ha alcun che di ostile (art. 151 [163]).

152 [167]. — Dopo la maggiore età determinata dall'art. 148 [163] sino all'età di trent'anni compiti per i maschi, e di anni venticinque compiti per le femine, l'atto rispettoso prescritto dall'articolo precedente, se non sarà susseguito dal consenso per il matrimonio, dovrà rinnovarsi altre due volte di mese in mese, e scaduto un mese dopo il terzo atto, si potrà procedere alla celebrazione del matrimonio (2).

153. — Dopo l'età di trent'anni, mancandovi il consenso all'atto rispettoso, si

tramonio, si deve rinnovare altre due volte a qualunque età sia il figlio, e non fino a 30 anni come esige il codice francese; quindi l'articolo 153 fu soppresso e l'articolo 152 fu modificato nel seguente modo nell'art. 167: « L'atto rispettoso prescritto dall'articolo precedente, se non sarà susseguito dall'annuenza pel matrimonio, dovrà rinnovarsi altre due volte di mese in mese; e scaduto un mese dopo il terzo atto, si potrà procedere alla celebrazione del matrimonio ».

{Nota del traduttore}

potrà, un mese dopo, passare alla celebrazione del matrimonio.

1. — Dopo 25 anni fino ai 30 per i maschi, e dopo ventun anno fino ai venticinque per le femmine, se i genitori persistono nel loro rifiuto di acconsentire, secondo l'art. 152 [167] sono necessari tre atti rispettosì, ed il matrimonio non può aver luogo, al più presto, se non scorsi tre mesi dopo la notificazione del primo atto. Se fatto periodo di tempo si è reputato indispensabile per dare, si ai genitori come ai figli, il tempo da riflettere o da ritrattare la loro prima risoluzione, trovandola irragionevole.

È necessario un solo atto dopo gli anni 30 per i maschi, e 25 per le femmine. Diciamo dopo trent'anni per i maschi e 25 per le femmine, quantunque il nostro articolo dica in modo assoluto dopo l'età di trent'anni, atteso che la sua disposizione non può andar disgiunta da quella dell'articolo precedente; e siccome, secondo quest'ultimo, i tre atti rispettosì, necessari fino a trent'anni per i maschi, lo sono del pari fino ai venticinque per le donne, è chiaro che costoro fino a si fatta età di venticinque anni, non avranno bisogno se non d'un solo atto (1).

Nella ipotesi poi dell'art. 153 (2), l'età del figlio siccome rende il matrimonio non solo più urgente, ma inspira inoltre maggiore confidenza nella sua esperienza, così non dovendosi richiedere tante formalità nè lunghi intervalli di tempo.

154 [168]. — L'atto rispettosì sarà notificato a quello od a quelli fra gli ascendenti indicati nell'art. 151 [166] col mezzo di due notai, o di un notaio e due testimoni, e sarà fatta menzione della risposta nel processo verbale che si deve formare.

1. — Fa mestieri che il giovane si conduca presso l'ascendente insieme coi notai? — No: ciò era richiesto in altri tempi (Pothier, *contratto di matrimonio*, n° 340, e *trattato delle persone 1ª parte*, 15ª capoverso); ma dal no-

stro codice non è prescritto. Ed in vero, la presenza del giovane che può esser utile in alcuni casi, potrebbe in altri, e quando l'irritazione de' parenti è giunta ad un certo grado, riuscire un motivo di scene spiacevoli e nuocere immensamente (3).

Per quanto è possibile, la notificazione deesi fare innanzi alla persona degli ascendenti. Potrà avvenire che per via di savie riflessioni si ottenga il loro consenso. È vietato però all'ascendente di poter procrastinare indefinitamente il matrimonio assentandosi dal suo domicilio, o non ammettendovi i notai. Perlocchè quando quegli cui dev'esser fatta la notificazione eviterà l'incontro del notaio, allora tale notificazione potrà benissimo farsi al domicilio secondo le regole ordinarie. Contro si fatta decisione non avrebbe alcuna forza l'argomento che potrebbesi trarre dalla disposizione della legge, la quale richiede che il notaio nel suo processo verbale deve far menzione della risposta dell'ascendente; imperocchè è chiaro che tale necessità ha luogo soltanto allorchè si è data una risposta, e quando l'ascendente vuol ricevere personalmente il notaio e spiegarci secolui. È chiaro del pari che, sarebbe non meno rispondere il dire: *Pregato di spiegarsi intorno ai motivi del suo rifiuto, il signor N. ha detto di non aver nulla a rispondere; perciocchè quel che è uopo menzionare si è la risposta od il rifiuto di rispondere* (4).

155 [169]. — In caso d'assenza dell'ascendente a cui sarebbesi dovuto fare l'atto rispettosì, si passerà alla celebrazione del matrimonio, presentandosi il giudicato che fosse stato pronunziato per dichiarare l'assenza, od in mancanza di esso, quello con cui si fossero decretate le informazioni, ovvero non essendovi ancora veruna sentenza, un atto di notorietà rilasciato dal giudice di pace del luogo in cui l'ascendente ebbe l'ultimo suo noto domicilio. Questo atto conterrà la dichiarazione di quattro testi-

(1) Per noi non vale questo ragionare. Vedi la nota precedente. (Nota del traduttore).

(2) Vedi la nota (5) pag. 278. (Nota del traduttore).

(3) Rig., 4 novembre 1807; Angers, 10 marzo 1813; Agen, 1 febbraio 1817; Caen, 12 agosto 1818; Douai, 22 aprile 1819; Amiens, 10 maggio 1822; Douai, 8 gennaio 1828; Douai, 27 maggio 1835; Parigi, 26 aprile 1836 (Dev. 36, 2, 44 e 238).

(4) Cassaz., 11 luglio 1837; Nîmes, 8 luglio 1830; Parigi, 26 aprile 1836; 28 gennaio 1839 (Dev. 31, 2, 133; 36, 2, 238; 39, 2, 216). (Nota dell'Autore).

La nostra giurisprudenza è all'intutto uniforme all'idea dell'autore; e la Corte degli Abruzzi con

decisione del 7 marzo 1813 e la nostra Corte Suprema nella causa tra de Rosa e de Rosa con arresto del 4 luglio 1828 ragionavano, che sebbene gli atti rispettosì richiesti dagli articoli 166, 167 e 168 II. cc. si debbano intimare alla persona, pure se il padre faccia di tutto per impedire siffatta notificazione, basterà allora lasciare le copie al domicilio o al virlu col visto del Sindaco; dappoichè in *jure civili receptum est quoties per eum cuius interest, conditionem non impleri, fiat, quominus impleretur, per inde haberi, ac si impleta conditio fuisset*. Dig. III. 1. tit. XVII, ff. 161, *de div. reg. juris*.

(Nota del traduttore).

moni chiamati *ex officio* dal medesimo giudice di pace.

SOMMARIO.

- I. Il senso dell'articolo è questo: In caso d'assenza dell'ultimo ascendente.
- II. In siffatta caso, ed ogni qual volta non vi siano altri ascendenti in istato di manifestare la loro volontà, il matrimonio, senza consenso né consiglio, è possibile non solo per il soggetto di venticinque anni, ma anche per quello di ventisei anni.
- III. L'atto di matrimonio non è necessario che sia consensuale. In quel modo può avvenire tale atto di matrimonio, quando non è esecutato l'ultima domicilia dell'ascendente.

I. — Gli scrittori sono discordi intorno al senso di quest'articolo. Gli uni ponendolo in contraddizione con i principii fermati dalla legge negli articoli precedenti, pretendono che giusta la sua disposizione allorchè l'ascendente, cui il figlio maggiore avrebbe dovuto notificare l'atto rispettoso, fosse assente (o dichiarato, o presunto), constatando siffatta assenza, si potrà passare alla celebrazione del matrimonio, *quant'anco fossero presenti altri ascendenti*, ai quali non è necessario notificare atti rispettosi. Quel che richiede la legge, dicono essi, riducesi a provare secondo il modo indicato dal nostro articolo l'assenza dell'ascendente del cui consiglio avasi bisogno. Così, il padre è assente (supponiamo esser morto la madre), ma l'avo è presente: si potrà celebrare il matrimonio, senza richiedere il consiglio dell'avo, dimostrando l'assenza del padre... È questo, secondo noi, un errore che non si può sostenere se non abusando delle parole del nostro articolo, le quali condurrebbero ad un risultato del tutto differente ravvicinandole alle disposizioni dell'art. 151 [158].

In fatti, secondo il nostro articolo in qual caso, dimostrando semplicemente l'assenza dell'ascendente, si passa alla celebrazione del matrimonio? *Nel caso d'assenza dell'ascendente il cui consiglio bisognerebbe chiedere se fosse presente*: or a chi è uopo dimandare il fatto consiglio? — Primieramente, secondo l'art. 151 [166], al padre ed alla madre; quindi se costoro sono morti o nella impossibilità di manifestare la loro volontà, agli avi ed alle ave; or, essendo la madre trapassata, ed il padre assente, amendue quindi si trovano nella impossibilità di manifestare la loro volontà, ed il consiglio in questo caso dovrà chiedersi all'avo che esiste; a costui dunque deve notificarsi l'atto rispettoso. Perlochè egli è certo che non si può dire *assente l'ascendente, cui deve andar notificato l'atto rispettoso quando è presente*, e nella specie essendo l'avo, ai termini dell'art. 131 [166], colui che deve dare il suo consiglio, costui si trova esser presente. Il nostro articolo dunque è solo applicabile quando non esiste alcun ascendente

cui deesi notificare l'atto rispettoso, e quegli che ora è assente si trovasse essere l'ultimo cui doveasi dimandare il consiglio. In questa ipotesi in vero non rimanendo alcun ascendente, e tutti essendo o morti, o interdetti od assenti, il giovane non ha più bisogno del consenso nè del consiglio di alcuno, come chiaramente risulta dall'art. 160 [174], perlochè può maritarsi constatando semplicemente l'assenza del suo ascendente.

L'articolo, in tal modo spiegato, si trova in armonia con gli articoli 150, 151 e 160 [164 (1), 166 e 174], mentre dandogli diversa interpretazione, apporterebbe ai principii fermati dalla legge una strana eccezione che riuscirebbe impossibile a spiegarsi. In fatti, per qual ragione può omettersi il consiglio dell'avo quando (sendo la madre trapassata e'l padre assente), si fatto consiglio sarebbe necessario se costui fosse morto? Come mai l'assenza dichiarata o presunta d'un ascendente concederebbe al figlio maggior libertà di quel che farebbe la morte constatata di tale ascendente? . . . Evidentemente un tal sistema si scorge inammissibile. E però, il legislatore con le parole: *In caso d'assenza dell'ascendente a cui sarebbe dovuto fare l'atto rispettoso*, ha voluto dire: *Se non esiste alcun ascendente al quale deesi fare un atto rispettoso, e quegli il cui consiglio avrebbe dovuto richiedere, non è morto, ma è soltanto assente*. Senza dubbio egli ha usata la prima frase perchè più breve.

II. Atteso che il figlio maggiore può contrarre matrimonio nel caso d'assenza, sia pure semplicemente presunta, dell'ultimo ascendente il cui consiglio avrebbe dovuto dimandare, è chiaro che egli avrà a fortiori il medesimo dritto allorchè quest'ultimo ascendente sarà morto, o per una causa qualunque riuscirà impossibile a dimandargliene il consenso; e la legge ha preveduto il caso d'assenza come l'unico sul quale poteva sorgere qualche dubbio. La femina quindi di ventun'anno ed il maschio di venticinque che non hanno alcun ascendente in istato di manifestare la loro volontà, possono maritarsi senza chiedere il consiglio di alcuno. Quanto ai figli maggiori di ventun'anno, ma non ancora giunti a venticinque anni compiuti, la legge non se ne è punto occupata formalmente, ma dall'insieme delle disposizioni del nostro capitolo è abbastanza dimostrato che egliino sono pure maggiori pel matrimonio e possono similmente maritarsi senza il consenso od il consiglio di alcuno. In fatti il futuro conjugio, rispetto al consenso che gli necessiterebbe pel suo ma-

(1) Vedi la nota (5) pag. 269. (Nota del traduttore).

trrimonio, è sottoposto soltanto ai suoi ascendenti od al consiglio di famiglia; or il consenso od il consiglio degli ascendenti non può andar richiesto quando più non n'esistono, o, esistendone, riesce impossibile conoscere la loro volontà. D'altra parte il consenso del consiglio di famiglia, necessario a coloro che non hanno ascendenti in istato di mani festare la loro volontà, fa loro uopo in fino a ventun anno (art. 160 [174]). Laonde il figlio tra i 21 ed i 25 anni, è minore per contrarre matrimonio quando ancora esiste qualche ascendente in istato di manifestare la sua volontà, altramente è maggiore fin dagli anni ventuno.

III. — L'atto di notorietà permesso in ultimo caso dal nostro articolo non ha bisogno d'essere omologato; la legge la quale nell'art. 72 [74] richiede l'omologazione per l'atto di notorietà destinato a supplire l'atto di nascita che ad un conjuge riuscisse impossibile d'esibire, non lo prescrive punto nel nostro caso. Ed in vero la prova dell'assenza degli ascendenti e la esibizione del loro atto di morte non è di sì gran momento come la esibizione dell'atto di nascita de' futuri conjugi; e però il nostro articolo, per l'atto di notorietà di cui esso parla, richiede la firma di quattro testimoni, mentre secondo l'art. 71 [73] quello destinato a supplire all'atto di nascita dev'essere sottoscritto da sette testimoni.

Giusta il precitato secondo articolo del-

(1) Posta la diversità de' principi che regolano il matrimonio tra la nostra e la francese legislazione, l'articolo 470 delle leggi civili fu redatto nel seguente modo: — « Gli uffiziali dello stato civile che avessero proceduto alla consegna della » copia della promessa di matrimonio de' figli i » quali non abbiano compiuto l'età di anni ven- » ticinque, ovvero delle figlie che non abbiano » compiuto quella di anni ventuno, o de' minori, » senza esprimervi il consenso de' padri e delle » madri, quello dell'avoio paterno, e quello della » famiglia ne' casi preveduti, saranno, a richiesta » delle parti interessate e del procuratore regio- » presso il tribunale civile della provincia o valle » in cui il matrimonio è stato celebrato, condannati ad una multa che non potrà eccedere la » somma di ducati sessanta, ed in oltre alla pena » del carcere per un tempo non minore di mesi » sei. »

Quest'articolo col seguente, ravvicinato all'articolo 214 delle leggi penali in cui è scritto: — « l'uf- » fiziale dello stato civile, o l'incaricato del regi- » stro odella conservazione de' registri dello stato » civile, se manca ad alcuna delle disposizioni pre- » scritte dalla legge, sarà punito col primo al » secondo grado di prigionia o confino, e con una » ammenda non maggiore di ducati cinquanta; » salvo le pene già stabilite ne' casi di altri reati » de' quali gli uffiziali dello stato civile si ren- » dessero per ragion di ufficio o autori o compli- »

Marcardé T. I.

l'avviso del consiglio di stato del 4 termi- doto anno XIII, se il padre, la madre, gli avi o le avole del figlio maggiore sono as- senti, senza potersi provare la loro assenza nelle forme prescritte dal nostro articolo, a causa d'essere ignoto il loro ultimo domici- lio, può procedersi alla celebrazione del ma- trimonio di questi figli maggiori previa loro dichiarazione giurata che egli ignorano il luogo dell'ultimo domicilio de' loro ascen- denti. Si fatta dichiarazione deve di pari con giuramento certificare da' quattro testi- moni che assistono alla celebrazione del ma- trimonio, i quali attestano che egli intorno a ciò sono nella medesima ignoranza.

156 [170]. — Gli uffiziali dello stato ci- vile che hanno proceduto alla celebrazione de' matrimoni contratti da figli i quali non abbiano compiuta l'età di venticinque anni, ovvero da figlie che non abbiano compiuta quella di ventuno, senza che il consenso de' padri e delle madri, quello degli avi e delle avole, e quello della famiglia nel caso in cui è prescritto, sia stato enunciato nel- l'atto del matrimonio, saranno a richiesta delle parti interessate e del procuratore della repubblica presso il tribunale di prima istanza del luogo in cui il matrimonio è stato celebrato, condannati alla multa prescritta dall'art. 192 ed inoltre alla pena del car- cere non minore di mesi sei (1).

« ci » — ha fatto dire al traduttore ed annotatore del Delvincourt, il fu professor di dritto Pasquale Liberatore, cui si associò anche il dotto magi- strato Annibale Giordano nel suo *commento alle leggi civili* (vol. 4, pag. 443) che l'uffiziale dello stato civile rendendosi reo di un delitto in questi articoli contemplato, potrebbe andar punito doppia- mente e per la sanzione civile e per la penale, non essendo proibita la concorrenza di diverse pene. Noi la pensiamo diversamente, ed in questo no- stro pensare abbiamo a compagni i traduttori ed annotatori del Paillet (tomo 5, pag. 63 a 68), i quali così la ragionano:

« 1. Sarebbe in opposizione della ragione e della legge il comminar due pene per lo stesso reato: contrario alla ragione, perchè verrebbe violata la proporzione delle pene: contrario alla legge, sì perchè essa non permette la cumulazione delle pene se non per più reati e ne' soli casi in cui la espressamente ordinata; come perchè si potrebbe dar luogo alla contraddizione de' giudici, ammettendosi che giudici diversi procedessero ad un doppio giudizio pel fatto medesimo.

« 2. Il legislatore avendo inserito nelle leggi civili una pena pecuniaria per la sola mancanza della rinunziazione del consenso, ha voluto che la medesima venisse tassativamente applicata nel caso di tale omissione.

« E per vero, giova osservare che in Francia, dopo lunga discussione sull'articolo 456 del co-

I. — Il *maximum* dell'ammonda comminata dall'art. 192 (1) al quale rinvia il nostro articolo, è di 300 fr., ed il suo *minimum* è stato fissato a 16 fr. dall'art. 193 [244] del codice penale. Rispetto poi alla durata della prigionia, di cui il nostro articolo stabilisce il *minimum* a sei mesi, il summentovato art. 193 [244] del codice penale ne riduce il *maximum* ad un anno.

Il giudice civile, prevalse il progetto del gran giudice di stabilire in esso, oltre l'aumento, una pena determinata contro l'uffiziale dello stato civile, perocchè non trovandosi in quel tempo compilato il codice penale, si credette utile di non lasciare intanto impunita la omissione anzidetta.

Ma presso noi la pena stabilita dall'articolo 170 non fu figlia della necessità istessa, dappoichè le cinque parti del codice per lo Regno delle Due Sicilie furono ad un tempo sanzionate e pubblicate; e quindi l'articolo 244 delle leggi penali avrebbe benanche potuto ne' suoi termini generali comprendere il caso preveduto nel citato articolo 170 delle leggi civili.

Inoltre è anche regola di dritto, che *totò jure generi per speciem derogatur; et illud potissimum habetur quod in speciem directum est.*

Ora il genere trovasi nell'articolo 244 *II. pen.*; la specie poi nell'art. 170 *II. cc.* Il legislatore, da cui emana l'intero corpo delle leggi, ha voluto specialmente prevedere e regolare il caso in disamina col citato articolo 170; nell'atto che ha determinato i principi generali, e stabilite le altre regole nella lor propria sede, cioè nelle leggi penali.

Non potendo esservi antinomia tra le parti di una stessa legislazione, nè trattandosi di casi in cui è ordinata la cumolazione delle pene, bisogna seguire di necessità la legge che regola la specie, in preferenza di quella che abbraccia i principi generali e comuni ad altri casi.

E ciò molto più perchè l'articolo 170 contiene quanto può essere relativo alla specie, cioè, definizione del mancamento, cumolazione della pena e procedimento innanzi a' giudici civili.

3. L'esempio indicato dallo stesso annotatore vie più conferma le nostre idee.

Il legislatore autorizza i giudici civili a punir l'adulterio, autorizza il giudice penale a far altrettanto. L'adulterio è specificatamente preveduto e punito nell'articolo 226 *II. cc.* e nell'articolo 326 *II. pen.*

Quindi il legislatore medesimo per conservare il principio di non doversi cumular due pene per un sol reato, ha saggiamente dichiarato nell'articolo 327 delle stesse leggi penali, che la moglie condannata ed assoluta in un giudizio penale non possa essere chiamata per sottoporsi a pena in un giudizio civile, e viceversa.

Di simile dichiarazione non faceva mestieri nell'articolo 244, poichè in esso non si fa parola del caso speciale preveduto nell'art. 170 delle leggi civili; ma si provvede nel generale a qualsivoglia mancanza alle disposizioni della legge da parte dell'uffiziale dello stato civile, e dell'incaricato del registro o della conservazione de' registri.

Altre a ciò è da porsi mente alla *ministeriale del 21 gennaio 1843*, così concepita: « Per le

II. — Attenendoci ai termini rigorosi del nostro articolo, l'uffiziale dello stato civile è punibile con la pena di 16 a 300 fr. d'ammonda e di sei mesi ad un anno di prigionia pel solo motivo di non aver enunciato il consenso nell'atto, ad onta che tale consenso si fosse prestato; ma intanto l'art. 193 [244] del codice penale minaccia queste pene solo contro colui che per nulla si è as-

nostre leggi esiste alcun caso in cui gli uffiziali dello stato civile, che siano incorsi in contravvenzione, van sottoposti oltre alla multa anche alla pena correzionale del carcere. L'obbligo di denunziare le contravvenzioni o i delitti commessi dall'uffiziale dello stato civile è poi tra i doveri de' procuratori regi presso i tribunali civili. Or si è dubitato se nell'opposto caso la denunzia seguir dovesse al giudice competente a procedere per la contravvenzione, o invece al procurator general-criminale presso la rispettiva gran corte. Sul proposito ho osservato che dopo lo articolo 21 delle leggi di procedura ne' giudizi penali, ogni autorità che nell'esercizio delle sue funzioni acquista notizia di alcun reato sia tenuto immediatamente passarne l'avviso all'uffiziale della polizia giudiziaria competente; che ciò miri alla celerità maggiore de' giudizi, alla più pronta punizione de' reati; che trattasi nella specie di azione essenzialmente pubblica per la quale ha luogo il procedimento di ufficio; che nel procedimento di che trattasi sia la competenza per l'articolo 37 della legge organica sull'ordine giudiziario attribuita ai giudici di circondario: che però sott'altro punto non sia a preferirsi essere i regi procuratori generali presso le G. C. criminali i primi agenti della polizia giudiziaria della provincia, qualunque sia la giurisdizione sotto la quale cada il reato, e che per tal riguardo sien essi chiamati dall'art. 42 della legge di procedura penale a prender conto dell'andamento e dell'esito anche de' giudizi correzionali e di polizia.

Premesso ciò ho stimato opportuno disporre quanto segue:

I. Le contravvenzioni alle leggi sullo stato civile, per le quali oltre la pena della multa è anche stabilita la pena correzionale del carcere, saranno da' regi procuratori presso i tribunali civili denunziate alle autorità giudiziarie competenti a procedere per le contravvenzioni medesime.

II. Contemporaneamente i medesimi magistrati daranno scienza ai regi procuratori presso le rispettive gran corti criminali così della contravvenzione che della denunzia seguita.

III. I regi procuratori generali prenderanno periodico conto dell'andamento de' correlativi giudizi, del di cui esito terranno analogamente avvertito questo ministero. Ciò per altro non toglie nella specie ai regi procuratori civili lo esercizio di quella vigilanza che per le leggi in vigore è affidata al loro pubblico ministero per la regolare ispezione di tali giudizi. » (*Nota del traduttore.*)

(1) Gli articoli 180 a 202 del codice Napoleone che formano il capo IV del titolo V, relativi alle domande per nullità di matrimonio, furono, eccetto il 197 il 201 e 202, tutti soppressi nelle nostre leggi civili, per le ragioni che diremo a luogo proprio (*Nota del traduttore.*)

sicurato dell'esistenza del predetto consenso.

Se tra questi due articoli esistesse contraddizione, senza dubbio bisognerebbe appigliarsi all'ultimo; primo perchè esso è posteriore; in secondo luogo perchè nel concorso di due disposizioni penali, si applica sempre la meno rigorosa. La contraddizione però non è che apparente, e tali due articoli si possono conciliare nel seguente modo: Pel solo motivo che l'uffiziale non abbia indicato il consenso, si reputa di non essersene assicurato, e si fatta omissione costituisce contro di lui una presunzione che non ha mestieri d'altra prova; ma egli potrà distruggere questa presunzione dimostrando che il consenso realmente si è prestato, e così sfuggire la pena sancita da mentovati due articoli.

In fatti il risultato di questi due articoli ravvicinati è il solo partito che il legislatore potesse abbracciare. Da una parte egli sarebbe stato troppo rigoroso nel punire il funzionario pubblico, per una semplice oscillanza, con una pena così grave; come risulterebbe dal nostro articolo inteso alla lettera. Ma dall'altra non poteasi dire che l'applicazione della pena avrebbe avuto luogo nel solo caso che il procuratore della repubblica dimostrasse la mancanza effettiva del consenso; imperocchè si sarebbe chiesta una prova spesso molto difficile ad ottenersi.

Allorchè quindi rinverremo un solo di questi articoli, bisognerà intenderlo nel senso che ne risulta spiegandoli l'uno per l'altro (1).

157. [171]. — Quando non vi saranno intervenuti atti rispettosi ne' casi in cui sono prescritti, l'uffiziale dello stato civile che avrà celebrato il matrimonio, sarà condannato nella stessa multa, ed inoltre nella pena del carcere non minore di un mese (2).

I. — Per questa ipotesi niuna disposizione legislativa ha determinato il *maximum* della prigionia, sendo il solo *minimum* indicato dal

(1) Vedi la nota (4) pagina 281. (Nota del traduttore).

(2) L'articolo 174 fu così redatto nelle nostre leggi civili: — « Quando non vi sieno intervenuti atti rispettosi ne' casi in cui sono prescritti, » *l'uffiziale dello stato civile che avrà dato copia dell'atto della solenne promessa di matrimonio, » sarà condannato alla multa stessa, ed in oltre alla pena del carcere non minore di un mese.* — Questo sarebbe un altro caso di specie qui contemplato dalla legge, perocchè è da vedersi la nota antecedente. Chi sia la persona incaricata degli

nostro articolo. Per altro è chiaro, che tale *maximum* non può oltrepassare un anno.

Il motivo per noi allegato nell'articolo precedente dee similmente qui far decidere che la sola prova cui sia tenuto il ministero pubblico riducesi a quella della omissione nell'atto della menzione degli atti rispettosi; salvo all'uffiziale di constatare che, ad onta della mancanza della menzione, pure tali atti rispettosi hanno avuto luogo.

158 [172]. — Le disposizioni degli art. 148 e 149 [163 e 164], e le disposizioni degli art. 151, 152, 153 (3), 154 e 155 [166, 167, 168, e 169], relativi all'atto rispettoso da praticarsi verso il padre e la madre nei casi contemplati in detti articoli, sono applicabili anche ai figli naturali legalmente riconosciuti.

I. — I rapporti di protezione da una parte, e di rispetto dall'altra, non debbono giammai mancare tra i genitori ed i figli, non pure quando costoro sono figli legittimi, ma eziandio quando sono figli naturali. Laonde si i primi che i secondi, (se sono maschi) finchè esiste il loro padre o la loro madre, saranno maggiori a venticinque anni compiuti; ma dopo questa età sarà loro uopo richiedere il consiglio de' loro genitori, o di colui tra costoro che è sopravvivevole o che è in istato di manifestare la sua volontà.

La riconoscenza però d'un figlio essendo per sé stessa puramente personale, ed i rapporti che stabilisce limitandosi tra costui e la persona che lo ha riconosciuto, ne segue che i figli naturali non possono giammai avere nè avi nè avole; per tal ragione il nostro articolo non ha alcuna relazione con l'art. 150 [164] (4) nel quale trattasi esclusivamente d'ascendenti che non sieno il padre e la madre. Per la medesima ragione ancora nell'articolo seguente si richiede pel figlio minore naturale il consenso d'un tutore nominato dal suo consiglio di famiglia, allorchè il padre e la madre che lo hanno riconosciuto sono morti o nella impossibilità di manifestare la loro volontà; mentre nell'art. 160 [174] il

atti dello stato civile vedi la nota (2) pag. 134. Qui aggiungiamo che nell'isole Eolie i curati esercitano le funzioni di uffiziali dello stato civile di Lipari; e nelle Saline di Barletta il Direttore di quello stabilimento destina un incaricato per lo stato civile. *Decreti del 10 agosto 1826, e 4 settembre 1828.* (Nota del traduttore).

(3) Soppresso nelle nostre leggi. Vedi la nota (2) pag. 278. (Nota del traduttore).

(4) Vedi la nota (5) pag. 269 (Nota del traduttore).

consiglio di famiglia dee acconsentire al matrimonio del figlio legittimo nella mancanza del padre, della madre, degli avi e delle avole.

159 [173]. — Il figlio naturale che non sia stato riconosciuto, o che riconosciuto, abbia perduto il padre e la madre, ovvero nel caso che questi non possono manifestare la loro volontà, non potrà maritarsi prima degli anni ventuno compiuti, se non avrà ottenuto il consenso di un tutore da deputarglisi a quest'atto.

I. — Il figlio naturale che non è stato riconosciuto nè da suo padre nè da sua madre, rispetto alla legge è senza parenti e nella medesima posizione di colui che dopo essere stato riconosciuto da' suoi genitori, li avrà poscia perduti.

Nel matrimonio del figlio naturale minore la legge richiede il consenso d'un tutore nominato *ad hoc*; dunque allorchè questo minore avesse già un tutore, ad onta di costui, bisognerebbe deputargliene un altro espressamente a questo scopo. Senza dubbio il legislatore ha stimato che un cittadino, incaricato specialmente ed unicamente d'una missione così importante, l'adempirebbe con maggior diligenza. È chiaro del resto che al tutore già esistente gli si potrebbe commettere tale missione, ma sarebbe uopo che ciò fosse specialmente indicato.

Questo tutore sarà nominato dal consiglio di famiglia; ma chi saranno i componenti di sì fatto consiglio? Il consiglio di famiglia dei figli legittimi si compone de' loro parenti o di cittadini cogniti per aver avuto relazione di amicizia col padre o con la madre del minore (art. 407, 408, 409 [328, 329, 330]). Per i figli naturali è evidente che non vi potrebbero essere parenti, poichè tali figli non ne hanno altri eccetto il padre e la madre dai quali sono stati riconosciuti, e che nel nostro articolo si reputano trapassati. Il consiglio di famiglia dunque si comporrà, in questa ipotesi, di persone che hanno avuto relazione d'amicizia col padre o con la madre, o, se il figlio non è stato riconosciuto, di persone cognite per l'affezione verso lui.

160 [174]. — Se non esistono nè padre nè madre, nè avi nè avole, o se si trovino tutti nella impossibilità di manifestare la loro volontà, i figli o le figlie minori di an-

ni ventuno non possono contrarre matrimonio senza il consenso del consiglio di famiglia (1).

I. — In questo caso il consiglio di famiglia supplisce il padre e la madre o gli ascendenti; esso non può quindi al pari di costoro esser tenuto a motivare il suo rifiuto di acconsentire, ed il suo avviso non potrà, come ne' casi ordinari, esser riformato da' tribunali (art. 883 [960] cod. di proced.)

Il consiglio di famiglia per non acconsentire al matrimonio può esservi indotto da motivi gravissimi che stima intanto convenienti tener celati per riguardi dovuti alla famiglia dell'altro sposo. La legge richiede il solo consenso di questo consiglio; or quand'anco il tribunale annullasse la deliberazione, ciò di certo non produrrebbe un consenso. La deliberazione si reputerà semplicemente non avvenuta, e ne bisognerà un'altra la quale come la prima potrà essere un rifiuto; il che equivarrà ad un circolo inutile di cose.

161 [158]. — In linea retta il matrimonio è proibito tra tutti gli ascendenti e discendenti legittimi o naturali, e gli affini nella medesima linea.

SOMMARIO.

- I. Che intendi per parentela. -- In qual modo si calcolano i gradi. Che cosa è l'affinità.
- II. In linea retta la parentela, malgrado che fosse parentela naturale, costituisce all'istante un impedimento. -- Altrettanto era stabilito in Roma.
- III. Il commercio illecito di due persone stabilisce, tra ciascuna di esse ed i parenti diretti dell'altra, un'affinità naturale che impedisce del pari il matrimonio all'istante.

I. — Si chiama *parentela* il legame che esiste tra due persone l'una discendente dall'altra o da un autore comune. Quando le persone discendono l'una dall'altra, si dice che elleno sono parenti in linea *diretta*; quando poi discendono da un medesimo autore, ma non l'una dall'altra, la loro parentela è detta *collaterale*.

Si chiama grado di parentela, la distanza che separa due parenti. Si calcola un grado per ciascuna generazione; di guisa che per conoscere il numero de' gradi che separano due parenti, bisogna computare il numero delle persone per le quali conviene passare per giugnere dall'uno all'altro salendo fino al ceppo e poi di nuovo discendendo. Così tra me e mio padre o mia madre, e reciprocamente, havvi un grado. Fra me e mio fratello ve ne ha due; imperocchè per andare da mio fratello è uopo primieramente

(1) Le parole generali — *se non esistono nè avi nè avole* — adoperate nell'articolo francese non si trovano nel rispondente articolo 174 delle nostre leggi civili; ove è detto soltanto — *nè avo paterno* —

e con ragione essendosi dapprima richiesto il solo consenso di questo ascendente pel matrimonio del minore. Vedi la nota (5) pag. 269. (Nota del traduttore).

risalire fino a mio padre o si ha un grado; quindi discendere a mio fratello, e se ne ha un secondo. Per giungere fino a mio nipote, figlio di questo fratello, havvene tre. Ciò sarà di nuovo trattato al titolo *delle successioni* (art. 735 a 738 [656 a 659]) (1).

L'affinità, è la relazione che esiste tra un conjugue ed i parenti del suo consorte. È una parentela imperfetta, imperocchè reputandosi i due conjugui costituire per così dire un solo essere, i parenti dell'uno in certo modo addivengono i parenti dell'altro. Per imitazione della parentela, nell'affinità si calcolano pure i gradi, benchè da un affine all'altro non vi sia generazione. Così, si dice che due individui sieno affini in secondo grado, per indicare che egli sono, come affini, nella medesima posizione in cui sarebbero due persone parenti in secondo grado.

II. — Il nostro articolo, consacrando un principio di morale universale, proibisce il matrimonio tra i parenti ed affini in linea diretta, a qualunque grado appartenessero.

In questa ipotesi trattasi non solo d'una parentela legittima o naturale legalmente riconosciuta, ma eziandio della mera parentela naturale risultante dal solo vincolo del sangue. Così, un individuo ha una figlia naturale che non ha riconosciuta; egli non potrà toglierla in moglie, se per via di lettere da lui scritte o di qualunque altro mezzo si dimostri che ella è veramente sua figlia. Altrettanto dee dirsi d'una sua figlia adulterina, malgrado che non sia nè possa esser da lui riconosciuta (art. 333 [258] (2)); in fatti

(1) Il dritto canonico per la linea retta serba lo stesso computo dei gradi di parentela del dritto civile — *tot sunt gradus quot sunt generationes*: ma nella linea collaterale se ne discosta. In questa linea il dritto canonico calcola da un solo lato il rapporto di parentela che intercede tra gli individui parenti. Chiamiamo il concetto la mercè di un esempio: lo civilmente disto da mio fratello per due gradi, poichè due sono le generazioni; per dritto canonico lo disto da mio fratello di un solo grado, poichè esso non computa i gradi di distanza di ambidue dal cespite comune, ma di un solo; in guisa che ogni due gradi civili nella linea collaterale formano un grado canonico. Se poi i gradi degli individui non sono equidistanti, allora si numerano i gradi dell'individuo più distante dallo stipite comune. Nella linea retta il matrimonio è proibito come civilmente così canonicamente fino all'infinito, nella collaterale poi il divieto canonico si estende fino al quarto grado, e pel tridentino concilio sonovi ammesse le dispense. Lo stesso divieto è sanzionato per la parentela *legale* o civile ossia l'adozione nella linea retta.

L'affinità, che è quel legame che deriva da un lecito, o illecito accoppiamento, costituisce pel canonico dritto un impedimento dirimente fino al quarto grado, quando l'accoppiamento è lecito, e fino al secondo grado, quando l'accoppiamento è

il nostro articolo non parla di discendenti naturali *legalmente riconosciuti*, ma solo di discendenti *naturali*. Inoltre si ha una circostanza storica la quale intorno a ciò ci rivela a chiare note lo spirito del legislatore. Alorchè fu inviato ai diversi tribunali d'appello il progetto del codice civile, quello di Lione chiese che alla voce *naturali* si aggiungesse *riconosciuti con atto autentico*; or, tale domanda fu rigettata. L'opposta opinione di Duranton (II, 166), Zachariae, (IV, p. 58) e Valette (II, p. 178) ci sembra dunque contraria al pensiero del legislatore (3).

Nè riesca meraviglioso il vedere come la legge in questo caso stabilisce una parentela che in ogni altra ipotesi ha sempre riprovata. Se nell'interesse della morale il legislatore ha dovuto non riconoscere la parentela derivante da un fallo o qualche volta da un delitto, allorchè trattavasi di benefici prodotti da tale parentela, di certo non potea praticare altrettanto nel caso di obbligazioni dalla medesima imposte, le quali non potrebbero disconoscersi senza uno scandalo importabile.

E però, si consulti su ciò la legislazione romana, secondo la quale, come si sa, due individui poteano legalmente dirsi parenti (*adgnati*) ed invocare i benefici della parentela, 1° se questa discendeva da nozze legittime, e 2° se procedeva da linea masculina; di guisa che un fratello ed una sorella, semplicemente uterini, vale a dire nati dalla medesima madre ma da padri diversi, quanto al dritto civile non erano parenti. In

illicito. I parenti del marito però non diventano affini ai consanguinei della moglie, nè viceversa, pel principio che *affinitas non parit adfinitatem*.

Oltre a ciò il dritto canonico conosce un'altra specie di parentela, ossia la spirituale, che è quella che si contrae dal battezzato e dal battezzante, e dal cresimato e dal cresimante; nonchè dal battezzato o cresimato col padrino o madrina, e dal padrino o madrina col padre e la madre del battezzato o cresimato. Fra questi anche è proibito il matrimonio canonicamente.

Il dritto canonico frappone un impedimento dirimente fino al primo grado tra i fidanzati ed i loro parenti, in modo che senza dispensa lo non posso impalmare la sorella della mia fidanzata; come anche quando vi sieno stati sponsali già celebrati. Vedi la nota (3) pag. 268. (Nota del traduttore).

(2) L'articolo 333 francese dice: *questo riconoscimento (di un figlio naturale) non potrà aver luogo a favore di figli nati da incesto o da adulterio* — il rispondente nostro articolo 258 contiene di più quest'altre parole — *o da congiungimento di persone legate da voto solenne o dagli ordini Sacri*. — Vedi a luogo proprio le nostre osservazioni. (Nota del traduttore).

(3) Conf. Merlin (Rep. v. *Imped.*, § 1. art. 4), Proudhon (II, p. 178), Vazeille (I-107) Demolombe (III-107); Caen, 4 aprile 1833.

Roma la parentela naturale risultante o dal concubinato (il quale senz'essere un matrimonio legittimo, era però un'unione lecita), o da commercio illecito che avesse dato vita a figli bastardi (chiamati indifferentemente *spuri*, *vulgo concepti*, *vulgo quæsit*) e soprattutto poi la parentela risultante dall'unione di schiavi (*contubernium*) costituivano pure un impedimento al matrimonio: *Illud certum est*, dicono le Instit. lib. I, tit. 10 §. 10, *serviles quoque cognationes impedimento nuptiis esse*; e siccome la paternità trattandosi di bastardi è sovente difficile a dimostrarsi, così abbracciavasi il partito più sicuro, e la parentela semplicemente dubbiosa costituiva un impedimento. La legge 14, al Dig., lib.

23, tit. 2, § 2, dice: *Idem dicendum est, ut pater filiam non possit ducere (si ex servitute manumissi sint) etsi dubitetur patrem eum esse; unde nec vulgo quæsitum filiam pater naturalis potest uxorem ducere, quoniam in contrahendis matrimoniis naturale jus et pudor inspicendus est* (1).

III. — Il commercio illecito di due persone, come abbiamo notato, produce per i loro discendenti il medesimo impedimento della parentela procedente da legittimo matrimonio. Ma quest' illecito commercio produrrà del pari tra ciascuna delle due persone ed i parenti dell'altra un'affinità naturale che impedisce similmente il matrimonio?

No, malgrado l'opinione contraria di Va-

(1) È utile osservare di passaggio, che nel dritto romano la parentela andava, come nell'attuale dritto, misurata per gradi: i quali si avevano distinte denominazioni sino al sesto grado nella linea retta ascendente e discendente. *Parentes*, sono le parole della legge 10, §. 3, *usque ad tritavum apud romanos proprio vocabulo nominantur, ulteriores qui non habent speciale nomen MAIORES appellantur, item liberi usque ad trinepotem; ultra hos, POSTERIORES vocantur*. Ecco i nomi nella linea ascendente. — *Pater*, *Avus*, — *Proavus*, — *Abavus*. — *Atavus*. — *Tritavus*, MAIORES. — Nella linea discendente: — *Filius*, — *Nepos*, — *Pronepos*, — *Abnepos*, — *Adnepos*, — *Trinepos*, — *Posteriores*. Nella linea retta il matrimonio anche era proibito all'infinito.

Nella linea collaterale i parenti detti *cognati* quasi, come si esprime la legge 4, §. 1 ff. de grad., *ex uno nati, aut ut Labeo ait, quasi commune nascentium initium habuerint*, anche vanno numerati per gradi, ma però non vi è tra loro primo grado: *ex transverso sive a latera nullus est primus gradus, et ideo incipit a secundo*. Nei secondo grado vanno compresi i fratelli, i quali si dicono *germani* se originano dallo stesso padre e dalla stessa madre: *consanguinei*, se sono procreati dallo stesso padre, ma da madre diversa, *uterini* se discendono dalla stessa madre, ma da padre diverso. — I figli del fratello o della sorella, il zio e la zia formano il terzo grado. Lo zio se è paterno si dice *patruus*, se materno *avunculus*; la zia matraterna se è di madre, *avita* se da padre. — I *patrueli* ed i *consobrini* ed i zii e le zie fratelli e sorelle dell'avo costituiscono il quarto grado. — Il *propatruus*, *proavita*, *proavunculus* e *promatertera* che sono i fratelli e le sorelle del proavo e della proava figurano nel quinto grado. — L'abnipote del fratello o della sorella, il fratello e sorella dell'abava e dell'avava, i figli e le figlie dei cugini tra loro compongono infine il sesto grado: dappoiché da questo grado in poi riesce difficile la nomenclazione, come lo avverte anche Giustiniano nelle sue Istituta: *hactenus*, ecco le sue parole, *ostendisse sufficiat quemadmodum gradus cognationis numerantur longe facilius sit respondere, quanto quisque gradus sit, quam propria cognationis appellatione quemquam denotare*.

Nell'antico dritto di Roma in questa linea il matrimonio era vietato tra l'secondo e l' terzo

grado, ossia tra fratelli e sorelle, tra zii e zie e nipoti e viceversa, in modo che il matrimonio dell'imperatore Claudio colla figlia di suo fratello Germanico scandalizzò non poco i Romani ad onta del senatoconsulto che lo autorizzò. L'imperatore Teodosio estese il divieto infino al quarto grado, ma poscia Arcadio e Giustiniano lo restrinsero di bel nuovo infino al terzo grado.

L'affinità nel dritto romano non ha gradi: *gradus autem affinitatis nulli sunt*: ma se ne misura la distanza dal grado di parentela che passa tra il coniuge che produce l'affinità ed i suoi parenti; e così si dice che l'affinità ha i suoi gradi: perlochè in quel grado che altri è parente a mia moglie si trova essere mio affine nel medesimo grado. Ecco i nomi dell'affinità. *Socer*, *socrus* il suocero e la suocera: *socer magnus* e *prosocrus* l'avo della moglie o del marito: *consocteri* i genitori del marito e della moglie: *Appium* e *Syllanum* *consoctorum suum occidit*, si legge in Svetonio. La moglie del figlio si dice *nurus*, ed il marito *gener*: *progener* e *pronurus* poi il marito della nipote e la moglie del nipote. *Privignus* o *privigna* il figliastro e la figliastra e si da questo nome anco al figlio nato fuori matrimonio da una donna, la quale poscia passa a marito: *leg. 7 de grad. Vitricus* e *noverca* il padrigno e la matrigna. — Il fratello del marito si chiama *levir* e la sorella *glos*, *fratris* o *janitrix* chiamasi la moglie del fratello e *profrater* il fratello della moglie.

Nel dritto primitivo romano l'affinità rimaneva scelta colla morte o col divorzio. *praeterquam inter novercam et privignum, vitricum et privignum, nec non socerum socrumque et generum nurumque*. Vedi Einnecio nel suo commento alla legge Papia, lib. 2, cap. 31. — Costantino proscrive questa regola dell'antico dritto e sanziona: « *Etsi* » *LICITUM veteres crederunt, NUPTIIS FRATRIS* » *SOLUTIS ducere fratris uxorem: licitum etiam,* » *POST MORTEM MULIERIS, aut DIVORTIUM, con-* » *trahere cum ejusdem sorore coniugium: absti-* » *neant hujusmodi nuptiis universi, nec aesti-* » *ment, posse legitimos liberos ex hoc consortio* » *procreari: nam spurios esse convenit, qui na-* » *scentur* ». *Leg. 2. cod. Theod. de in. nupt.* Vedi ancora le leg. 8. e 8 Cod. de in. nupt., e la leg. 5 cod. de verb. signif. donde chiaro appare che l'affinità non rimane scelta per la morte del coniuge che l'ha prodotta. (Nota del traduttore).

lette (I, p. 402) e Demolombe (III, 112); imperocchè l'affinità come anche la parentela non risultano dall'effettuazione delle circostanze e formalità che tramutano l'unione di due persone in matrimonio legittimo, ma esclusivamente da questa medesima unione. Senza dubbio, allorchè vi è stata coabitazione illecita, l'affinità non può legalmente esistere per alcun altro motivo eccetto il matrimonio: ma come mai Demolombe da questa inammissibilità dell'affinità in tutti gli altri casi, massime poi in quello di tutela, può dedurne l'inesistenza assoluta eziandio rispetto al matrimonio, egli che al pari di noi insegna che la parentela puramente naturale dee ammettersi in caso di matrimonio, e disconoscersi in qualunque altra congiuntura? Secondo il nostro antico diritto romano il commercio illecito produceva una specie di affinità *rispetto al matrimonio* (Pothier, n° 167-169); or nè dal testo del codice nè da' lavori preparatori risulta che i redattori abbiano avuto il pensiero di mutare sì fatta regola.

Ed in vero non muoverebbe a sdegno veder un uomo che, senz'essere legato in matrimonio con una donna, ha intanto con lei vissuto per molti anni, e ne ha avuto non pochi figli, toglier poi in moglie la figlia di questa donna?... E però è chiaro che il nostro articolo relativamente agli affini ed ai parenti non ammette la distinzione tra il vincolo legittimo ed il vincolo naturale. *Conf.* Delvincourt, Zachariae (I, p. 168); Nimes, 3 dicembre 1811.

163. [160]. — In linea trasversale il matrimonio è vietato tra le sorelle ed i fratelli legittimi o naturali, e gli affini nel medesimo grado (1).

I. — Uno de' migliori mezzi per conservare nelle famiglie il rispetto che i suoi componenti debbono serbare l'un per l'altro, ed impedire spiacevoli disordini tra persone che vivono continuamente insieme, era di toglier loro ogni possibilità, ogni pensiero d'un futuro matrimonio. Se il fratello avesse potuto sposare la sua sorella, assuefarsi per conseguenza a riguardarla come essere inviolabile, rispetto a lui, al pari di qualunque altra

donna, la famiglia, la società non sarebbero possibili.

Si comprende che sì fatte considerazioni non hanno un egual peso per quel che riguarda gli affini del medesimo grado, vale a dire i cognati e le cognate; e però, come ora osserveremo, l'art. 161 [161] concede al capo dello Stato di togliere in circostanze gravi la proibizione sancita per essi dal nostro articolo.

163 [160]. — Il matrimonio è inoltre proibito tra lo zio e la nipote, la zia ed il nipote.

I. — Uno zio, una zia, rispetto ai loro nipoti, debbono considerarsi come un secondo padre, come una seconda madre. I nipoti debbono trattare, come tutti naturalmente trattano i loro zii e zie, quasi con lo stesso rispetto, con quella stessa confidenza e fiducia che si ha per i propri genitori: *Parentum loco sunt*, diceva la legge romana. Per conservare tra gli uni e gli altri sì fatti sentimenti, era mestieri che la possibilità di un matrimonio non avesse luogo nella loro mente. Ragionevolissimamente dunque il nostro articolo vieta il matrimonio tra zii e nipoti; e con rammarico, dobbiamo confessarlo, vediamo l'articolo seguente distruggere questo divieto, rendendo, la mercè di dispensa, tra costoro possibile il matrimonio.

II. — Del resto, la legge non facendo parola qui, come ne' due articoli precedenti ha fatto, nè del vincolo naturale, nè dell'affinità, ne segue che il matrimonio è proibito soltanto per lo zio e la nipote, la zia ed il nipote legittimo. Non paja maraviglioso che la legge sia in questa ipotesi meno rigorosa, poichè in questa stessa ipotesi la vedremo permettere il matrimonio tra parenti legittimi per via di dispensa.

III. — Quel che dalla legge è detto intorno allo zio ed alla zia dee applicarsi pure, secondo noi, al prozio ed alla prozia: le parole *zio, zia* sono generiche, e le altre non sono che derivati; tutti sono *parentum loco*. Un giovane ha e dee avere pel fratello del suo avo almeno il medesimo rispetto col quale tratta il suo zio; i motivi son sempre gli stessi. L'onde quand'anco non esistesse il decreto del

(1) Nelle nostre leggi civili, come abbiamo notato nella nota (1) pag. 269, quest' articolo è preceduto dall'articolo 159, che nel codice napoleonico si legge con qualche modifica sotto il titolo VIII dell'adozione. Vedi a quel luogo le nostre osservazioni. — L'articolo poi in disamina nelle nostre leggi è scritto nel seguente modo — « Art. 160. Nella linea collaterale è vietato il matrimonio

1. tra i fratelli e le sorelle legittimi o naturali;

2. tra gli affini del medesimo grado;

3. tra lo zio e la nipote, tra la zia e il nipote;

4. tra l'adottato ed i figli dall' adottante, ancorchè adottivi. »

Questo articolo riunisce le disposizioni che sono negli articoli 162, 163 e 318 del codice francese.

7 maggio 1808, che scioglie la questione in questo senso, sarebbe sempre inammissibile l'opinione contraria di Dalloz (Rec., v° *Matrimon.*) e Zachariae (III, p. 289) (1).

164 [161]. — Il capo dello Stato nondimeno per cause gravi può togliere le proibizioni prescritte dall'art. 162 [160] per i matrimoni tra cognati e cognate, e dall'art. 163 [160] per i matrimoni tra lo zio e la nipote, la zia ed il nipote (2).

I. — Quest'articolo, come al presente leggesi, ha avuto esistenza dopo la legge del 16 aprile 1832. L'antico art. 163, da esso surrogato, permetteva le dispense soltanto per i matrimoni tra lo zio e la nipote, la zia ed il nipote, ma non per quelli tra cognati e cognate.

II. — Secondo l'ordinanza del 20 pratile anno XI, già riferita sotto l'art. 143 (3), coloro che bramano ottenere dispensa nell'uno de' due casi preveduti dal nostro articolo, debbono dirigere la loro domanda al procuratore della repubblica del circondario nel

(1) Merlin (Rep., v° Imped.), Toullier (I-538), Proudhon (I, p. 401), Duranton (II-168), Demomolombe (III-105).

(2) Il nostro articolo 164 dice: « Il Re nondimeno per cause gravi può dispensare al divieto espresso ne' numeri 2, 3 e 4 dell'articolo precedente. La dispensa del Re s'intende accordata » per quanto riguarda l'impedimento civile. » — L'ultimo inciso di quest'articolo è figlio de' principi generali che regolano il matrimonio appo noi, il quale non s'intende contratto che in faccia alla Chiesa. Figlio de' medesimi principi è il Rescritto de' 13 aprile 1839 così concepito. — « Secondo le vigenti leggi civili il matrimonio nel regno per esser valido debb'esser celebrato innanzi la Chiesa secondo le forme del Sacro Concilio di Trento: debbono pure precedere gli atti dello stato civile per la correlativa solenne promessa. » Così è chiaro che la cattolicità sia requisito essenziale pe' contraenti per adempire validamente a questa promessa, e che la dispensa ecclesiastica occorra per quello de' contraenti stessi che non sia cattolico. L'atto di solenne promessa altrimenti sarebbe nullo e quindi non produttivo di alcun effetto. E perciò che a prevenire in questa parte ogni irregolarità o abuso, Sua Maestà nel Consiglio ordinario di stato de' 13 del passato mese si è degnata ordinare, che gli ufficiali dello stato civile non ricevano la solenne promessa di matrimonio, tra persone che non sieno egualmente cattoliche, se prima loro non sia documentato, che per tale matrimonio siasi ottenuta la dispensa ecclesiastica secondo le regole e la disciplina della Chiesa. »

Le parole poi adoperate dal legislatore nel nostro articolo 164 per cause gravi sono tolte dalla sessione 24 cap. 5 del Concilio di Trento ove è scritto: *In contrahendu matrimoniu vel nulla datur dispensatio, vel raro, idque ex causa et gratis concedatur. In secundo gradu numquam dispen-*

quale si prefiggono di celebrare il loro matrimonio. Le altre formalità son quelle che già abbiamo notate sotto il mentovato art. 143 (V. l'ordinanza del 2 pratile, art. 2 e 5).

III. — È riprovevole, secondo noi, il sistema di accordar dispense al matrimonio. Se stimasi che possa esser permesso il matrimonio, lo si permetta in un modo generale; se poi ragioni gravi richiedono che si proibisca, si proibisca in maniera assoluta.

Per contro, che cosa fa il nostro legislatore? Stabilisce un impedimento, e tosto soggiunge che potrà esser tolto per cause gravi. Senza dubbio la causa grave la più frequente è la gravidanza della donna; di guisa che i disordini che l'impedimento doveva prevenire, addivengono per una increpcevole contraddizione il mezzo di far dileguare ai fatto impedimento. Quante giovinette si son lasciate violare, e che avrebbero avuta la forza di resistere, se loro fosse mancata la speranza d'un matrimonio col loro seduttore!

Che che ne sia però intorno al nostro modo di pensare, *scripta lex*; la legge così si è redutta, e bisogna osservarla (4).

satur, nisi inter magnos principes et ob publicam causam.

La Chiesa ne' tempi andati fu quanto mai restia ad accordare dispense nel secondo grado che sarebbe nel quarto grado civile, come abbiamo osservato nella nota (1) pag. 285; e la prima che si accordò in questo genere fu quella che si concesse a Filippo II Re di Spagna quando impalmò la Regina Anna figlia di sua sorella; e nel 1588 se ne vide accordata un'altra a Ferdinando d'Austria figlio dell'imperatore Ferdinando, quando tolse per moglie Anna Caterina figliuola di Guglielmo Duca di Mantova e d'Eleanora sua sorella. In prosieguo poi queste dispense passarono alla nobiltà ed anche alla plebe: *exemplo*, dice il Tuoio lib. 47, *in principe orbis christiani familia inchoato, et inde ad nobilitatem, et a nobilitate ad plebem usque se extendente.*

Per le quali cose è chiaro che in caso d'impedimenti civili e canonici si abbia bisogno della dispensa pontificia e della reale, la quale, giusta il rescritto de' 25 aprile 1818 si concede pel ministero di Grazia e Giustizia quando si sarà ottenuta la pontificia munita di regio *exequatur*. Siffatte dispense per lo citato Rescritto si comunicano agli ufficiali dello stato civile per l'organo de' regi procuratori presso i tribunali della propria provincia. Inoltre un Rescritto del 5 aprile 1841 venne stabilito: *« che ne' decreti con cui si dispensa »* sa all'impedimento civile per matrimonio, *giusta l'articolo 164 leg. civ. si apponga la dichiarazione che, rimangono salve in generale le leggi e la polizia del Regno, e quelle leggi »* specialmente che riguardano la legittimità *»* e la legittimazione della prole. » (Nota del traduttore).

(3) Soppresso nelle nostre leggi civili. Vedi la nota (1) pag. 266. (Nota del traduttore).

(4) A compimento della materia contenuta in questo capitolo, crediamo necessario aggiugnere

APPENDICE

SU GL'IMPEDIMENTI AL MATRIMONIO

SOMMARIO.

- I. Impedimento temporaneo per la vedova.
- II. Impedimento che risulta dall'adocenza.
- III. Condizioni richieste pel matrimonio de' militari.
- IV. Impedimento tra il coniuge adultero ed il suo complice, dopo essersi per questo motivo pronunciato il divorzio. Or che si è abolito il divorzio tale impedimento continua tuttavia a sussistere per coloro tra i quali avea luogo precedentemente; ma non è applicabile al caso di separazione personale. — Non esiste più

le disposizioni eccezionali emanate per la colonia di S. Lucia riguardo al matrimonio; nonchè quelle richieste pe' nostri Reali.

I. — S. Leurio, luogo poco distante da Caserta, amenissimo sopra ogni altro, fu nel 1773 addetto a colonia di artisti di seterie come tuttora continua. Re Ferdinando IV suo fondatore per particolare predilezione volle tre anni dopo dargli uno statuto più a norma d'istruzione che un padre dà a' suoi figli, che di legge che un Re concede a' suoi sudditi. Porta questo statuto scolpito in fronte il gran precetto della morale evangelica, cioè amare Dio su le cose tutte ed il prossimo come se stesso, non offendendolo nè nella persona, nè nelle sostanze, nè nella riputazione, e poi stabilisce una perfetta eguaglianza tra quei abitanti; e vuole che cinque vecchi scelti tra loro da' capi di famiglia in unione del Parroco in ogni anno, col nome di *Pacieri* e di *Seniori del popolo* stessero a guardia ed al governo delle cose tutte. Le disposizioni contenute in questa legge sono tutte quanto mai savi, ma quelle relative al matrimonio sentono della beata età dell'oro sognata da' poeti, quail noi qui scriviamo.

« La donna (è il legislatore che parla) fu concessa da Dio all'uomo per sua ragionevol compagnia. Dall'unione di entrambi nacque la procreazione e conservazione dell'uman genere; e dalla moltiplicazione de' matrimoni ebbero origine e tuttavia fioriscono le società e gl'imperi. Perchè dunque anche questa popolazione prosperi ed aumenti sotto la benedizione dell'Altissimo vi vogliano de' matrimoni, la celebrazione de' quali per voi io sottopongo alle seguenti leggi ».

4. — « L'età del giovine non dovrà essere meno di 20 anni e quella della fanciulla di 16. Ed in questa circostanza neanche sia loro permesso di contrarre gl' sponsali, fino a che dal *Direttore* de' mestieri per lo giovine, e della *Direttrice* per la fanciulla non vengano con attestato dichiarati provetti nell'arte a segno da potersi lucrar con sicurezza il mantenimento; ed allora in premio della loro buona riuscita si concederà da Me ad essi una delle nuove case, che ho espressamente fatto costruire con tutto ciò che è necessario pe' comodi della vita, ed i due mestieri, co' quali lucrar si possono il cotidiano mantenimento.

« 2. — Quando un giovine giunto all'età stabilita, avrà inclinazione per una giovane, che sia anche dell'età prescritta ed abbiano ambedue appreso le rispettive arti, dovrà subito darne parte a' suoi genitori, i quali n'avvertiranno quelli dell'altra parte per loro intelligenza, e perchè di comun consenso badino sulla con-

Marchese T. I.

l'impedimento al nuovo matrimonio di due coniugi che divorziano.

V. Oggi non bisogna più occuparsi degli sponsali (*Sponsalia*), ma quid d'una promessa di matrimonio? — Essa sarebbe nulla in sè e con la clausola penale che vi si fosse convenuta.

VI. Quod intemo agli ordini sacri ed al voll regolarmente preferir nella comunità religiosa autorizzata? — Grande controversia. — Secondo l'autore formava impedimento al matrimonio.

VII. L'impedimento, non occidentale come naturale, può dar luogo ad una domanda di annullamento di matrimonio, non per se stessa ma per errore nella persona. — Errore di Duração, Toulier a Duvangie.

I. — Vedremo spiegando l'art. 228 [156] che la vedova non può contrarre un novello ma-

« dotta de' figliuoli, acciocchè tutto vada con decenza, ed acciocchè non accada inconveniente alcuno: potendo ben darsi il caso, che su di una medesima persona più di uno pretende.

« 3. — Nella scelta non si mischino punto i genitori, ma sia libera de' giovini, da conformarsi nella seguente maniera. Nel giorno di Pentecoste nella Messa solenne, in cui intervengono tutti gli abitanti del luogo, e le fanciulle ed i giovani esieri, che travagliano nelle manifatture, da due fanciullini dell'uno e dell'altro sesso si porteranno all'altare per benedirsi da chi celebra, due canestri pieni di mazzetti di rose, bianche per gli uomini o di color naturale per le donne, e nel terminer questa funzione da ciascun individuo se ne prenderà uno, come le palme. Nell'uscir poi dalla Chiesa, i pretendenti nell'atrio di essa, dov'è il Battistero, presenteranno il loro mazzetto alla ragazza pretesa, e questa accettandolo lo controcambierà col suo; ma escludendolo con pulizia e buona maniera glielo restituirà; e nè all'anno, nè all'altra sarà permesso contestazione alcuna; e perciò i primi ad uscir di Chiesa e situarsi nel sopradetto atrio saranno i *Seniori del popolo* per imporre loro la dovuta soggezione. Coloro che controcambiato si saranno il mazzetto, lo porteranno in petto sino alla sera; quando dopo della Benedizione accompagnati da rispettivi genitori si porteranno dal Parroco, che registrerà il nome e la parola. Dopo questa funzione sarà permesso farsi quant'altro incumbe a norma del Concilio di Trento ed ogni altro requisito della legge. In Chiesa, in cui intervorranno i *Seniori del popolo* e le *Direttrici* delle arti, non solo per solennizzare con quella pompa, che si richiede questo sacramento, ma per contestare agli abitanti, che gl' sposi meritano la stima di tutti per la bontà del lor costume, e per essersi resi coll'arte, che già hanno appresa, utili a loro, alle famiglie, allo Stato, e che per tutto il tempo della lor vita non vivranno mai a peso di alcuno.

« 4. — Essendo lo scopo di questa società che tutti rimangano nel luogo; quindi per impedire a restare, alle figliuole che abbiano imparata l'arte e vogliono maritarsi fuori, non sarà dato altro che soli ducati cinquanta per una volta tantum e dal momento saranno considerate come estere, senza speranza di mai più potervi tornare.

« 5. — Quando un giovane abitante o artefice varrà prender in moglie un'estera, non potrà farlo, se prima quella tal giovine ch'egli vuole

matrimonio se non dieci mesi dopo lo scioglimento del precedente (1).

II. — Giusta l'art. 348 [272] è proibito il matrimonio tra l'adottante da una parte, o l'adottato, il suo consorte ed i suoi discendenti dall'altra; di più, tra l'adottato ed il consorte od i figli dell'adottante, sieno costoro legittimi, sieno adottivi.

III. — Secondo i decreti del 16 giugno, 3 agosto, 28 agosto e 21 dicembre 1808, gli ufficiali, sottoufficiali e soldati in attività di servizio nelle armate di terra o di mare, gl'intendenti e sottintendenti, militari, loro

aggiunti ed aspiranti; gli ufficiali militari di sanità, e da ultimo gli ufficiali che percepiscono un soldo di ritiro, possono maritarsi a questa condizione, cioè gli ufficiali col permesso in iscritto del ministro della guerra e marina, ed i sottoufficiali e soldati con quello del consiglio d'amministrazione de' loro corpi.

Gli ufficiali che contravverranno a siffatta disposizione saranno destituiti, e perderanno, tanto per essi medesimi quanto per le loro vedove e figli, ogni diritto ad una pensione o ricompensa militare (2).

» sposare, non abbia appreso il mestiere in questa, o in altra manifattura.

» 6. — E se assolutamente voglia prender in moglie un' estera, che non abbia arte in mano, » dal momento uscir debbe dal luogo, di dove non » sarà considerato più come individuo e senza » speranza di potervi mai più ritornare.

» 7. — Que' tal giovanul dell'uno e dell'altro » sesso, che giunti sieno all'età di 16 anni senza » essersi impiegati nelle manifatture per mancan- » za di volontà, saranno mandati in casa di cor- » rezione, col divieto di non poter mai più ritor- » nare nel luogo. E coloro che impiegatisi non » abbian nulla appreso per mancanza di applica- » zione, sarau mandati in casa di educazione, col » divieto di non poter più tornare nelle loro case, » se non istrutti.

» 8. — Essendo lo spirito e l'anima di questa » società l'uguaglianza tra gl'individui, che la » compongono, abolisco tra i medesimi le doti e » dichiaro che ciocchè da Me sarà per beneficenza » somministrato, come di sopra si è detto, in oc- » casione di matrimoni, sarà solo per premio della » buona riuscita che gli sposi avran fatto nell'arte » e nel buon costume: beneficenza che loro ac- » corderò col divino aiuto sino alla quarta gene- » razione, dopo di che la donna porterà il solo » necessario corredo, dovendo aver dopo la morte » de' genitori, la parte eguale co' maschi come lu » appresso sarà prescritto. »

In questa colonia il primo tra i Seniori, ed in sua mancanza o di altro impedimento, quello tra costoro che gli succede in ordine di nomina, disimpegna le funzioni di ufficiale dello stato civile. Vedi il decreto de' 10 aprile 1820.

II. — I matrimoni degl'individui della Real famiglia, per gli Atti Sovrani de' 7 aprile 1829, e 12 marzo 1836, non sono considerati legittimi e capaci di produrre effetti politici e civili, se non sieno preceduti da un sovrano beneplacito da accordarsi loro in forma di decreto.

Il decreto poi de' 17 febbraio 1848, venne, per l'uffiziale dello stato civile della Real famiglia a stabilire quanto appresso.

1. Gli atti dello Stato civile per Noi e per tutt' gl'individui della nostra Real famiglia saranno ricevuti, secondo le forme prescritte dalle leggi, dal nostro Ministro Segretario di Stato di Grazia e Giustizia. Nell'adempimento di tali attieghi sarà assistito da uno degli uffiziali dello stesso Ministero e Real Segreteria di Stato.

2. I testimoni richiesti per ciascun atto dello Stato civile verranno designati da Noi nel tempo

della sua formazione. In essi però dovranno assistere il Ministro Presidente del consiglio de' Ministri, ed il Maggioromo maggiore Soprintendente generale della nostra Real Casa, i quali dovranno anche firmare.

3. Ogni atto dello Stato civile sarà fatto come per legge in doppio originale. Di essi uno sarà passato al detto Maggioromo maggiore per conservarsi nell'Archivio della Nostra Real Casa, l'altro sarà trascritto ne' registri dello Stato civile della municipalità in cui l'atto si formerà; e quindi verrà trasmesso al Ministro Presidente unitamente ai documenti corrispondenti per conservarsi nell'archivio di quel Ministero. Il tutto a cura dello stesso Ministro Segretario di Stato di grazia e giustizia. (Nota del traduttore).

(1) Vedi la nota (1) pag. 269. (Nota del traduttore).

(2) Presso noi i militari che vogliansi ammogliare, abbisognano in generale del consenso sovrano, nonchè di quello del Ministro di guerra e marina, o di quello del consiglio di amministrazione, secondo il grado del contraente. Vedi per l'antico dritto del Regno la raccolta de' dispacci fatta da Gatta, tom. 4. tit. 15, e, per le disposizioni emanate sotto l'occupazione militare il regolamento del 10 dicembre 1808, i decreti de' 25 e 2 gennaio e 9 giugno 1811.

Sono poi da osservarsi le seguenti disposizioni, che al presente sono in vigore:

1. Il Decreto de' 18 gennaio 1845, che determinando le condizioni necessarie per la contrattazione de' matrimoni de' militari, stabilisce che dal grado di ufficiale in sopra non si possa contrarre matrimonio senza sovrana licenza.

2. Il Decreto de' 28 ottobre 1817 che esige la sovrana licenza dagli uffiziali del supremo comando e da Commissari di guerra che vnono contrarre matrimonio.

3. L'Ordinanza di marina del 1 ottobre 1848 che nell'art. 144 prescrive di non potere gl'impiegati del corpo telegrafico, assimilati agli uffiziali, contrarre matrimonio senza sovrano permesso; e gl'impiegati poi delle classi inferiori, debbono farne la domanda al Direttore generale.

4. Lo statuto penale militare del 30 gennaio 1849 art. 74 e 75 in cui è disposto, che le persone addette al seguito dell'armata, non possono, senza il permesso de' rispettivi superiori, contrarre matrimonio.

5. Il Decreto de' 17 gennaio 1825, il quale dopo di aver portata la sanatoria ai matrimoni contratti

IV. — L'art. 298 (1) dichiarava incapaci di unirsi insieme in matrimonio il conjuogo colpevole di adulterio ed il suo complice, al-

lorchè il divorzio era avvenuto per tale causa. Al presente il divorzio è abolito; ma l'impedimento sussiste nondimeno per coloro, il

dai militari sino a' 4 gennaio di quell'anno senza il regio assenso, dispone che per l'avvenire da' Maggiori in sopra si potrà implorare il regio assenso a poter contrarre matrimonio facendo noto la condizione e la moralità della giovine: che i Capitani egli ufficiali subalterni poi possono contrarre matrimonio quando abbiano dimostrato e provato al Ministro della guerra e marina un'impedibile non minore di ducati 240 annui, netto d'affezioni ipotecarie o una dote di ugual valore e colla stessa condizione.

6. *Il Decreto de' 9 marzo 1825*, che esenta dall'esecuzione del decreto di sopra menzionato quel milita ri che vivendo in concubinato vi abbiano figli naturali. I matrimoni però celebrati con questa dispensa non producono dritto alla pensione sul monte vedovile.

7. *Il Decreto de' 13 aprile 1828*, il quale modificando il decreto de' 17 gennaio 1825, dispone, che i capitani e gli ufficiali subalterni dell'armata di terra e di mare dimostrando e provando al ministro della guerra e marina di avere una dote immobilizzata sino alla morte di uno de' coniugi di ducati 200 di rendita annuale iscritta sul gran libro del debito pubblico, possono contrarre matrimonio.

8. *Il Decreto de' 7 marzo 1832* in cui il legislatore si esprime nel seguente modo: « Considerando » che già esiste una legge, mercè la quale non si » accordano permessi di matrimonio agli ufficiali » del real esercito, se non quando abbiano essi » immobilizzata sul gran libro del debito pubblico » una rendita annuale che dia loro più facili mez- » zi per la sussistenza delle rispettive famiglie, e » quando la civil condizione e la buona condotta » delle donne che intendono sposare siano state » chiaramente riconosciute e debitamente conte- » state;

« Considerando che questa provvida legge viene » sovente elusa coll' ascenso al grado di ufficiale » di molti sotto ufficiali, che già si trovano am- » mogliati prima di esser soggetti a' rigori della » legge medesima;

« Volendo d'altronde che il decoro e la dignità » che corrisponde al grado di ufficiale si estenda » non solo agli individui che di tal grado sono » rivestiti, ma benanche sulle loro rispettive fami- » glie. »

« Abbiamo risoluto di decretare e decretiamo » quanto siegue.

« Art. 1. Da ora in poi sarà espressamente vietato » d'accordar permessi di matrimonio a' sot- » tufficiali tutti, che in forza de' regolamenti in » vigore possono quando che sia, divenire ufficia- » li: menochè i medesimi per ottenere un tal per- » messo rinunziassero all'ascenso di ufficiale con » una formale dichiarazione in iscritto da essi » firmata.

« 2. La stessa inibizione dovrà aver luogo an- » che pe'soldati, fuorchè nel caso che dichiarino » nel modo indicato di sopra di rinunziare all'a- » scenso a sottuffiziale, ed anche in questo caso

» il numero degli ammogliati per ogni corpo non » potrà eccedere quello già stabilito dalle reali » ordinanze.

Inoltre è da porsi mente a queste altre dispo-
sizioni, per le quali.

9. Gli artiglieri litorali non hanno bisogno di superiore permesso giusta la circolare ministeriale de' 6 febbraio 1833, per contrarre matri-
monio.

10. I sorteggiati di leva destinati a marciare non possono contrarre matrimonio per lo decreto de' 19 marzo 1831 art. 27 num. 22.

11. I soprannumerari del corpo amministrativo della real marina, assimilati al grado di aiutanti, volendo contrarre matrimonio, hanno bisogno per lo rescritto de' 27 giugno 1837, del permesso dell'intendente generale, non perdendo il dritto agli ascensi.

12. Gli individui della real riserva possono per l'art. 10 del regolamento de' 4 dicembre 1839 contrarre matrimonio.

13. Le guardie di onore possono contrarre matrimonio, giusta la circolare ministeriale de' 31 ottobre 1810; però gli individui requisiti di leva, i quali hanno ottenuto di poter servire nelle guardie di onore, hanno bisogno del permesso dell'ispettor comandante superiore dell'arme.

14. Gli individui del corpo de' cannonieri marinari, non esclusi quelli di nuova leva, nonchè i marinari di nuova leva, abbisognano per le circolari ministeriali de' 17 febbraio e 5 marzo 1814, del permesso dell'ispettore a contrarre matri-
monio.

15. Le guardie doganali hanno mestieri del permesso de' superiori per poter contrarre matrimo-
nio. Rescritto de' 22 giugno 1812, nonchè la legge doganale del 20 giugno 1826.

16. Gli invalidi della riserva, per l'istruzione ministeriale de' 17 aprile 1813 al regio procura-
tore di Reggio, possono contrarre matrimonio.

17. Gli invalidi i quali dimorano in famiglia o stanno al corpo hanno bisogno del permesso dei superiori per poter contrarre matrimonio. Mini-
steriale de' 3 agosto 1812.

18. I soldati e sottufficiali che godono pensione di ritiro hanno bisogno, ove vogliano contrarre matrimonio, per la circolare ministeriale de' 2 agosto 1813, del permesso dell'Intendente della provincia ove domiciliavano.

19. I soprannumeri dell'intendenza dell'esercito per contrarre matrimonio abbisognano del per-
messo dell'ispettore, perdendo il dritto agli ascen-
si. Risoluzione del Ministro di guerra e marina de' 3 settembre 1814.

20. Gli ufficiali di ritiro finalmente han bisogno, ove vogliono contrarre matrimonio, del permesso sovrano, che si concede loro con la esclusione del monte vedovile, giusta l'istruzione ministeriale al regio Procuratore di Trapani de' 17 febbraio 1845. (Nota del traduttore).

(1) Soppresso nelle nostre leggi. (Nota del tra-
duttore).

cui adulterio fece pronunziare il divorzio allorchè esso era ancora in vigore.

Ed in vero, la legge degli 8 maggio 1816, abolendo il divorzio, non annullò gli effetti delle sentenze anteriormente pronunziate. Essa toglie pel tempo avvenire la causa dell'impedimento di cui parliamo, ma non annulla gl' impedimenti di già esistenti. Essa nè formalmente nè implicitamente dice che i due colpevoli possono ora maritarsi insieme: tale facoltà non risulta dal suo testo nè tampoco dal suo spirito.

Oggidì, si dimanda, che il divorzio più non esiste, noi ci uniformeremo alla volontà del legislatore applicando al caso di separazione personale ciò che era sancito pel divorzio dall'articolo 298, e quindi la separazione personale che è stata pronunziata a causa di adulterio, giusta l'articolo 306 (1), è a ritenersi qual impedimento al matrimonio tra il conjugato contro cui ha avuto luogo, ed il suo complice?

La negativa non ci sembra per nulla dubbiosa. Innanzi tutto un impedimento al matrimonio non può dedursi per analogia; fa mestieri che sia scritto nella legge o che risulti dalle sue disposizioni per una legittima conseguenza: ma a prescindere da ciò non v'ha neppure analogia fra le due ipotesi. In caso di divorzio, la disposizione dell'art. 298 era assolutamente necessaria; se fosse mancata, un conjugato avrebbe potuto stabilire una criminosa relazione nello speciale fine di far pronunziare il divorzio, e giugnere per siffatto mezzo a maritarsi col suo complice; di guisa che la sentenza di divorzio, in vece di punirlo, avrebbe soddisfatto pienamente ai suoi desiderî. Altramente avviene in caso di separazione personale; imperocchè questa lasciando sussistere il matrimonio, non può dar luogo allo stesso colpevole calcolo, e quindi manca la parità.

Allorchè era permesso il divorzio, i conjughi che per mutuo consenso faceano pronunziarlo, secondo la disposizione formale dell'art. 295 (2) non poteano mai più riunirsi. Si fatto impedimento, abolito il divorzio, continua ora ad aver vigore tra i conjughi i quali per tale motivo aveano divorziato?... Ciò neanche lo pensiamo, e senza titubanza decidiamo che costoro, dopo il 1816, hanno potuto e possono riunirsi (3).

Ed in vero, se il legislatore del 1816 ha soppresso il divorzio, vi si è determinato perchè lo ha riguardato come contrario alla morale cristiana, alla sana morale che proclama l'indissolubilità del matrimonio. Non c'illudiamo: il divorzio non ha fatto giammai parte de' nostri costumi, costumi cristiani, che che si dica. Esso era un insulto, ed i matrimoni, peraltro abbastanza rari, che i conjughi divorziati hanno potuto contrarre, sempre agli occhi del popolo non altro sono stati che un adulterio legale. In tutti i casi, e quand'anche questo modo di vedere, che è pure il nostro, non fosse se non un pregiudizio, queste e non altre sono state sempre le idee del legislatore del 1816, il quale, abolendo il divorzio e sostituendogli la separazione personale, si è di nuovo uniformato alle idee cristiane. Impedire quindi a due conjughi divorziati di riunirsi, di riprendere la via che la morale loro presenta come obbligatoria, ed in sì fatto modo riparare allo scandalo da essi dato, sarebbe lo stesso che porsi in contraddizione flagrante con lo spirito tanto chiaro della legge dell'8 maggio.

Si obietta, che dichiarando tali matrimoni permessi in forza di questa legge, le si darebbe un effetto retroattivo, poichè essa renderebbe possibile ciò che una legge anteriore avea dichiarato per sempre impossibile. È vero, ma che importa?... Abbiamo veduto, trattando dell'art. 2 [2] n° XIV, che realmente vi possono essere e vi sono spesso leggi retroattive, le quali qualche volta conducono il più presto possibile a sane idee, idee che da una legge anteriore erano state sconosciute, e tale è il caso di cui qui trattasi.

Indubitatamente la nostra quistione non sarebbe sì animata, se la legge del 1816 avesse detto con un articolo formale che i conjughi divorziati potrebbero oramai riunirsi per mutuo consenso. Or, quel che i suoi termini non dicono, è detto dal suo spirito, e dal suo evidente spirito; di guisa che si fatta riunione secondo il pensiero del legislatore non solo era permessa, ma anche desiderata. Il dubbio dunque non è possibile.

V. — Il nostro codice serba un assoluto silenzio intorno agl'impedimenti che risultano dall'antica giurisprudenza: 1° dagli sponsali; 2° da' voti religiosi; 3° dall'impotenza, sia naturale, sia accidentale. Esami-

(1) Soppresso nelle nostre leggi. (Nota del traduttore).

(2) Soppresso nelle nostre leggi. (Nota del traduttore).

(3) Qui l'autore ha fatto uso della parola rima-

ritarsi (*remarier*): noi abbiamo creduto volgarizzarla per riunirsi, non credendo che il divorzio avesse potuto sciogliere il matrimonio antecedentemente contratto. (Nota del traduttore).

niamo questi differenti casi secondo il nostro diritto attuale.

Gli sponsali, cerimonia religiosa, con la quale due parti promettevano di unirsi in matrimonio, e che costituivano un impedimento a maritarsi con qualunque altra persona, sono al presente andati in disuso. Se qualche traccia ne rimane ancora nel culto cattolico, la si manifesta nel momento della benedizione nuziale, la quale può aver luogo soltanto quando è stato celebrato il matrimonio civile. In fatti, secondo gli art. 199 e 200 del codice penale (giusta la modificazione fattavi nella revisione del 28 aprile 1828), il ministro d'un culto che procedesse alla celebrazione religiosa d'un matrimonio pria che gli fosse esibito l'atto ricevuto dall'uffiziale dello stato civile, sarebbe punito per la prima volta con un'amenda di 16 a 100 fr.; per la prima recidiva colla prigionia di due a cinque anni; e per la seconda, con la detenzione (prima della legge di aprile 1832, in questo ultimo caso di recidiva era punito con la deportazione) (1).

Perlochè non dobbiamo oggidì occuparci degli sponsali, ma in vece, potendo esser fatta una promessa di matrimonio, è nopo ricercare quale ne sarebbe l'effetto.

Per regola, è nulla siccome contraria ai buoni costumi ogni obbligazione onde una persona ligasse indefinitivamente, per qualunque causa ed in qualsiasi modo, la sua libertà; ed il legislatore, per una conseguenza di sì fatto principio, nell'art. 1780 [1626], dice che niuno può obbligare i suoi servigi se non a tempo e per una determinata impresa. Non pertanto, questo principio generale patisce eccezioni, le quali risultano o dal testo formale o pure dallo spirito della legge: così, per esempio, il matrimonio, col quale le parti si ligano per sempre, è obbligatorio. Ma può dirsi lo stesso della semplice promessa di matrimonio? Fa essa del pari eccezione alla regola che abbiamo indicata? No; un'eccezione non può presumersi, e se non è scritta formalmente nella legge, è nopo che chiaramente risulti dal suo spirito. Or, quanto alle promesse di matrimonio nulla havvi nella legge da cui possa dedursi sì fatta eccezione, la quale in fatti era inammissibile.

Il consenso libero delle parti deesi chiedere precisamente nel momento della celebrazione del matrimonio, e fin tanto che questo

non si contrae, rimane in arbitrio de' futuri coniugi il consentirvi o no. Le formalità cui danno luogo un prossimo matrimonio, sveglieranno senza dubbio l'attenzione e la riflessione de' futuri consorti, e la pubblicità del progetto spingerà un parente od un amico a far delle osservazioni. Al contrario la promessa di matrimonio non offre nulla di simile; l'idea di effettuarlo dopo moltissimo tempo colpirà lo spirito assai meno di quella d'un matrimonio che deesi contrarre tra breve. Quindi è chiaro che in una semplice promessa di matrimonio vi sarà spesso maggiore leggerezza ed irreflessione di quella che potrebbe avere trattandosi del matrimonio istesso, e quegli che acconsente a sottoscrivere una promessa, forse si sarebbe rifiutato se si fosse trattato di contrarre il matrimonio. Come mai dunque la legge che richiede tante diverse circostanze per assicurare la libertà e la pienezza del consenso, avrebbe potuto riconoscere siccome obbligatoria la promessa d'un matrimonio futuro, fatta senza alcuna di queste circostanze?

Vedremo in seguito, nel capitolo delle opposizioni al matrimonio, art. 176 [185], che il diritto di opporsi ad un matrimonio progettato appartiene alle persone, cui la legge formalmente lo accorda (ed al ministero pubblico, se i buoni costumi vi hanno un interesse diretto). Vedremo inoltre che la legge intorno a ciò spinge la severità fino a richiedere, a pena di nullità dell'atto di opposizione, e della destituzione dell'uscire che lo notifica, che vi si enunzi la qualità che dà all'opponente il diritto di opporsi; se dunque la legge avesse riguardata come valida la promessa di matrimonio fatta da una persona, essa senza dubbio le avrebbe conceduto il diritto di opporsi al matrimonio che volesse contrarre con un'altra persona colui il quale ha sottoscritta quella promessa. Ond'è che nell'antico diritto in cui riputavasi valida la promessa di matrimonio risultante dagli sponsali, il fidanzato, quanto al diritto di far opposizione, era assimilato allo stesso coniuge (Pothier, *contratto di matrimonio*, n° 81). Al presente è tutt'altro; l'art. 172 [181], in armonia con ogni altro testo della legge, concede il diritto di far opposizione alla celebrazione d'un matrimonio alla persona maritata con una delle due parti contraenti, ma non a quella che è ligata con una semplice promessa.

(4) Ecco quel che dice il nostro articolo 245 delle leggi penali, intorno a ciò che qui è stato sviluppato dall'autore: « Il parroco o sottoparo-
roco, o chi ne farà le veci, il quale contraven-

ga all'articolo 84 delle leggi civili, sarà punito
a col secondo grado dell'esilio correzionale e col-
a l'amenda correzionale » — Vedi la nota (2)
pag. 297 (Nota del traduttore).

rare che pel tempo avvenire, essi non sarebbero più garantiti dalla legge civile. Ma al presente si fatta nullità di ogni voto di celibato esiste ancora per la medesima legge? Al certo che no. Il concordato, sanzionato qual legge di stato dalla legge del 18 germinale anno X, non permette di dichiararsi proibito ed illegale l'obbligo che si assume dal prete nell'ordinarsi. Siffatto obbligo che il candidato al sacerdozio contrae liberamente e quando già è maggiore in faccia all'intera società rappresentata dal Vescovo, è senza dubbio alcuno *legale e lecito*; or le convenzioni legalmente formate avendo forza di legge per coloro che le hanno fatte (art. 1134 [1088]), ne segue che l'obbligo contratto dal prete di vivere nel celibato è e rimane anche civilmente obbligatorio.

Come mai può sostenersi essere illegale e contrario al nostro diritto, l'obbligo cui, quale condizione essenziale alla sua ordinazione, si sommetto il prete cattolico? I vescovi, i canonici ed i curati non sono egliino (giustamente ed ingiustamente) funzionari pubblici retribuiti dallo stato e nominati pure dal capo dello stato? Non abbiamo noi le autorità ecclesiastiche, come le autorità giudiziarie, civili e militari? E quando poi, pel candidato, trattasi d'una circostanza pubblica e solenne di sua promozione, quando trattasi d'una condizione il cui adempimento è indispensabile per esser aggregato in uno de' corpi dello stato, si domanda se tale adempimento sia un fatto *illegale e contrario all'ordine pubblico*!!!

Che ci si dica, nel sistema opposto, qual differenza esiste tra i voti perpetui del prete, riconosciuti dalla legge, e quelli de' religiosi e delle religiose da questa medesima legge proibiti (legge del 18 agosto 1792; decreto del 3 messidoro anno XII). Non è egli chiaro che una tal differenza consiste unicamente nell'essere sanzionato e garantito dalla legge il voto di celibato pronunziato dal prete cattolico, mentre per tutti gli altri questo medesimo voto è lasciato alla loro coscienza, senza che la legge lo riconosca e ne tenga conto? È impossibile potersi dare a sì fatta distinzione un senso diverso.

Del resto, le leggi della rivoluzione avendo permesso ed incoraggiato il matrimonio

de' preti, coloro che non hanno voluto continuare, od esercitare il loro ministero dopo il concordato, non sono stati per nulla privati della facoltà che quelle leggi loro concedevano; e non avendo essi contratto un nuovo obbligo di celibato, nè formalmente nè tacitamente, dopo la risoluzione del primo, la nostra dottrina rimane loro inapplicabile. Il matrimonio però sarebbe impossibile per tutti coloro che sono stati ordinati dopo il concordato o che dopo quest'epoca hanno continuato o ripreso ad esercitare il loro ministero.

Due circolari del ministro della giustizia (14 gennaio 1806 e 30 gennaio 1807) furono emanate in questo senso; e dagli arresti in questo senso eziandio si è sempre decisa la questione (1).

Demolombe, il più recente scrittore che decide in senso contrario la questione, si sforza di confutare gli argomenti per noi finora addotti; ma le sue risposte ci sembrano poco soddisfacenti, soprattutto intorno alla differenza che la legge stabilisce tra il voto perpetuo de' preti e quello de' religiosi. Ci obietta egli (p. 208-209) che la legge non intende sanzionare in alcun modo il voto perpetuo del prete, o che se non lo proibisce, ciò è pel precipuo motivo di non limitare la libertà di coscienza; perlochè, nel suo sistema, questo voto non sarebbe che un puro affare di coscienza, di foro interiore, e non obbligherebbe a nulla nell'ordine civile. Ma se così fosse, è chiaro che la legge non farebbe distinzione alcuna tra il voto de' religiosi e quello de' preti; imperocchè ella, senza alcun dubbio, non pretende impedire ad un religioso, nè a qualsiasi altro individuo, di fare quanto al foro interno quel voto che meglio gli sembrerà acconcio... È evidente che ognuno può obbligar la propria coscienza come meglio crederà, e che intorno a ciò la legge civile non ha alcun potere. Allorchè quindi la legge proibisce il voto perpetuo de' religiosi, essa intende interdire un voto legalmente valido. Ond'è che essa intende del pari parlare d'un voto legalmente valido, quando permette al prete questo voto perpetuo (2).

VII. L'impotenza naturale od accidentale costituisce ancora, come nell'antico diritto, un impedimento al matrimonio?... Niuna

(1) Bordò, 20 luglio 1807; Torino, 30 maggio 1811; Parigi, 27 dicembre 1828; Parigi, 45 gennaio 1832; Rig., 21 febbrajo 1833; Limoges, 17 febbrajo 1846; Rig., 23 febbrajo 1847 (Dev. 33, 1, 468; 47, 1, 177).

(2) Presso noi tutti questi ragionari dell'autore e del foro francese rendono inutili, sendo testualmente dall'articolo 162 delle leggi civili sanzionate, che il matrimonio è vietato per coloro che

sieno ligati da voto solenne o dagli ordini sacri—Quindi i monaci e le monache che han fatto professione solenne di castità, nonchè i diaconi, suddiaconi, presbiteri e Vescovi nella chiesa latina non possono contrarre matrimonio, e nella chiesa greca i diaconi, preti e Vescovi. Vedi il Concil. Trid. sess. 24, cap. IX e la leg. 45 cod. de episc. et cleric. (Nota del traduttore).

legge, nè esplicitamente nè implicitamente, ci addita esser l'impotenza un impedimento al matrimonio; e siccome non si può agli impedimenti dar esistenza per via di ragionamento, così sembra che il matrimonio non potrà giammai annullarsi per sì fatta causa (1).

Nulladimeno, se l'impotenza per sè stessa non è un impedimento, fa parte però della causa d'impedimento preveduta dall'art. 180 (2), secondo il quale il matrimonio non può essere valido senza un consenso libero o scevro d'errore nella persona. Il conjugé il cui consorte è impotente potrà dunque, se è stato ingannato su ciò, far annullare il matrimonio per errore nella persona, atteso che egli si è maritato con questa perchè la credeva idonea allo scopo principale del matrimonio, e non avrebbe annuito al contratto so preventivamente avesse conosciuta la sua impotenza.

In fatti, dimostreremo in seguito (art. 180 n° III) che con le parole *errore nella persona* la legge ha voluto indicare non già l'errore che trae origine dalla sostituzione d'una persona ad un'altra, ma quello che versa circa le qualità essenziali della persona (V. art. 180 n° III).

Secondo il fatto principio, l'impotenza costituirà un impedimento al matrimonio, e sarà un mezzo per annullarlo non solo quando essa sarà *naturale*, vale a dire allorchè consisterà in un vizio di conformazione che già esisteva al tempo della nascita, ma quando eziandio sarà *accidentale*, vale a dire allorchè sarà stata prodotta da un accidente posteriore alla nascita.

Intanto Duranton (II, n° 67-61), Toullier e Duvergier (I, n° 525), ammettendo senza restrizione il nostro principio, insegnano che è soltanto applicabile all'impotenza accidentale, e sostengono che i due art. 312 e 313 [234 e 235] si oppongono quando lo si volesse applicare al caso d'impotenza naturale. Adducono per ragione che in questi due articoli la legge permette al marito di non riconoscere il figlio di sua moglie, opponendo un allontanamento od un *accidente*, per effetto del quale gli era impossibile a poter coabitare con costei durante l'intero tempo, cui può risalire il concepimento, ma gl' inibisce poi, per ottenere lo stesso scopo, d'invocare la sua impotenza naturale... Ond'è che dal non ammettersi in questo caso la prova dell'impotenza naturale,

(1) Il matrimonio essendo presso noi non pure un contratto civile che un sacramento, non poteva il legislatore parlare da sè di annullamento, ma lo doveva rimettere, come fece coll'articolo 455, all'autorità ecclesiastica. Ora fra le cause che ecclesiasticamente annullano un matrimonio già

so ne conchiudo che non può permettersi giammai. Ma l'illazione è oltà mai logica? No, senza alcun dubbio. È chiaro che il marito non può addurre in sua difesa la sua stessa impotenza. L'aver egli contratto il matrimonio, allorchè conoscevasi incapace a compierne il fine, costituisce per lui una colpa, la quale ha potuto esser la causa od almeno l'occasione dell'adulterio di sua moglie, o che potrebbe addurre come una disculpa, se il delitto fosse suscettivo di scusa. Non è quindi affatto maraviglioso che in questo caso non sia dato ascolto al marito. Ma è forse ciò una ragione per non accogliere le dimande della moglie, poggiate sull'impotenza di suo marito, e che chiede la nullità del matrimonio per *essersi intervenuto errore nella persona*? Certamente che no: e non sappiamo in qual modo in questa ipotesi si potesse rigettare l'applicazione dell'art. 180.

Un tal sistema, ci si oppone, produrrebbe gravissimi inconvenienti, vale a dire: 1° che questa dottrina permetterebbe a due conjugati di far annullare di comune accordo il loro matrimonio, senza che esistesse alcuna causa reale d'annullamento: l'uno pretendendo che il suo consorte è impotente, e l'altro non sottoponendosi ad una visita chirurgica, il matrimonio sarebbe annullato senza che fosse provata la pretesa impotenza; 2° che spesso riuscirebbe difficile a dimostrare in modo positivo l'impotenza naturale, e le discussioni intorno a simili materie produrrebbero quasi sempre scandalo pregiudizievole a' buoni costumi.

Noi a ciò rispondiamo che il primo inconveniente che ci si indica non è poi così grande come lo si crede. Senza dubbio non si può costringere un conjugé a sottoporsi ad una visita chirurgica; ma innanzi tutto sarà ben difficile che a questa si preferisca la immeritata taccia di mostruosa conformazione. D'altra parte, per essersi il conjugé negato a sottostare ad una visita, il tribunale sarà tenuto a riconoscere, per questo solo, l'impotenza come sufficientemente provata? Certamente che no; egli porrà mente alle circostanze, e se vi scorresse alcun indizio d'accordo fraudolento tra' conjugati, ne rigetterebbe la domanda. Che se qualche fiata avvienesse accolta una domanda, benchè in effetti non esistesse l'impotenza, questo è un inconveniente che ha luogo sì in questa materia, come nelle altre tutte, non essendo gli uomini

contratto vi è appunto la impotenza, quindi neanche in questo luogo vale pel nostro diritto il ragionamento dell'autore. Vedi la nota (3) pag. 268 (Nota del traduttore).

(2) Soppressa nella compilazione delle nostre leggi civili. (Nota del traduttore).

punto infallibili ne' loro giudizi. Ma per tema di fallire non dee privarsi un individuo dell'esercizio d'un diritto che gli viene dalla natura stessa.....

Quanto al motivo che qualche volta, anche dopo l'esame di persone dell'arte, riesce impossibile a conoscersi positivamente se vi abbia o pur no impotenza, egli è di ben lieve importanza, sendochè in tale ipotesi il tribunale rigetterà la domanda come sfornita di prove.

Finalmente l'ultimo motivo non ha maggiore forza. Il timore dello scandalo non dee avere alcuna influenza; ed il legislatore, massime per questa ipotesi, come per qualunque altra, ha statuito nell'art. 87 [182] del Codice di procedura, che quando le discussioni sieno tali da produrre scandalo o gravi in-

(1) *Conf. Merlin (Rep. v. Impot.)*, Vazeille (I-93), Chardon (Dolo, 4-23) Valente (I-395), Demolombe (III-254); Trèves, 27 gen. 1808; *idem*, 1 luglio 1810. E mestieri leggere soprattutto la dissertazione di Chardon.

(2) Abbiamo di passaggio notato nella nota (1) pag. 265, che il matrimonio appo noi differisce radicalmente dal francese. In Francia il matrimonio è reputato meramente come contratto civile, in modo che la celebrazione che se ne fa avanti l'uffiziale dello stato civile ne costituisce l'essenza ed il compimento. Per noi la cosa va altrimenti. La celebrazione avanti l'uffiziale dello stato civile, detta *solenne promessa*, è richiesta essenzialmente per fare al matrimonio produrre gli effetti civili, ma questa solenne promessa rimane come non avvenuta, se non le tien dietro la celebrazione del matrimonio innanzi alla Chiesa secondo le forme del concilio di Trento.

Per l'ottridentino concilio, onde possa esser valido il matrimonio, è uopo del consenso reciproco dei contrattanti e della presenza del parroco o di altro sacerdote da lui o dal Vescovo destinato e di tre o almeno due testimoni. Il consenso essendo l'anima di ogni contratto, lo dovea il concilio volere, come infatti lo volle per lo massimo de' contratti, e la presenza del Parroco o di altro sacerdote la richiese a fine d'impedire i matrimoni clandestini, stabilendo nel cap. IV, sess. 24 espressamente che: « *Qui aliter quam praesente paroco, vel alio sacerdote, de ipsius parochi, seu ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus, matrimonium contrahere attentabunt; eos Sancta Synodus ad se contrahendum omnino inhabiles reddit, et huiusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prout eos praesentis decreto irritos facit et annullat.* »

Il consenso de' genitori non è richiesto dal Concilio come essenziale; ma però non trascula di dire che i matrimoni de' figli di famiglia senza il consenso de' genitori « *Sancta Dei Ecclesia ex iustissimis causis illa semper detestata est, atque prohibuit.* » Siccome è detto in generale *duobus vel tribus testibus*, così i Dottori e fra costoro il Van-Espen decidono che possono essere adibiti a quest'atto come testimoni tutti coloro che sono sani di mente e capaci ad intendere ciò che si pratica, maschi o femmine che sieno.

Mucadé T. I.

convenienti, esse potranno aver luogo a porte chiuse. E manifesto in fatti che il timore dello scandalo non poteva impedire ai cittadini di farsi rendere giustizia innanzi i tribunali civili, come non impedisce la vendetta pubblica d'aver il suo corso innanzi i tribunali criminali.

A questo caso dunque è segnatamente applicabile l'art. 180 (1).

CAPITOLO II.

DELLE FORMALITÀ RELATIVE ALLA CELEBRAZIONE DEL MATRIMONIO (2).

N. B. — Nel titolo degli *Atti dello stato civile* lasciammo senza spiegazione gli art. 63 a 76, che formano il capitolo III, re-

Il matrimonio sendo un sacramento, anzi il massimo a dir dell'Apostolo, dovrebbe andar celebrato in Chiesa, come il luogo proprio a ricevere i sacramenti. Ciò non ostante il rituale romano el dice: *matrimonium in Ecclesia maxime celebrari debet; sed si domo celebratum fuerit, sponsi veniant ad Ecclesiam benedictionem accepturi.* Il Parroco dopo d'aver tenuto parola agli sposi della indissolubilità del matrimonio e de' suoi principali doveri; rivolto allo sposo lo interrogherà: *Vis accipere N. hic praesentem in tuam legitimam uxorem iuxta ritum Sanctae Matris Ecclesiae*, e dopo che costui avrà risposto *Volo*, dirà alla sposa: *Vis accipere N. hic praesentem in tuum legitimum maritum iuxta ritum Sanctae Matris Ecclesiae*, e dietro il *Volo* di costei, il sacerdote pronunzierà: *Ego conjungo vos in matrimonio, in nomine Patris et Filii et Spiritus Sancti. Amen.* Dopo ciò aspergendo di acqua santa l'anello e benediceendolo con la formula del rituale *adiutorium nostrum ec.*, lo consegnerà allo sposo il quale lo riporrà al dito anulare della mano sinistra della sposa, ed il sacerdote pronunzierà di bel nuovo *in nomine Patris ec.*, benediceendoli li accommiatterà; avvertendoli sermone gravi ut sibi invicem *servent fidem, orationis tempore, ac praesertim jejuniis et sollemnitate, casti maneant, et vir uxorem, atque uxor virum diligat et in timore Dei permaneat.*

Abbiamo nella nota (3) pag. 268 tenuto parola degli *impedimenti dirimenti*, qui è il luogo di parlare de' *proibitivi*. Chiamansi *impedimenti proibitivi* quei fatti e quelle circostanze che ostacolano per un dato tempo la celebrazione del matrimonio. Questi sono:

1. Il divieto della Chiesa. — 2. Il voto semplice di castità, di prendere cioè i sacri ordini o abito religioso, di professare nella religione, di rimanere celibe. — 3. Il dissenso de' genitori, la prova dello stato libero, la discussione di qualsivoglia impedimento dedotto in giudizio, la penitenza pubblica imposta per qualunque reato enorme, la ignoranza del catechismo, giusta la costituzione 42 di papa Benedetto XIV. — 4. *Tempus feriatum* o *clausum*, ossia come spiega il medesimo concilio tridentino: « *Ab adventu domini nostri Jesu Christi usque in diem Epiphaniae, et a feris quarta Cinerum usque in octavam Pascae in-*

lativo agli atti del matrimonio. È necessario che dieci di tali articoli si spieghino nel pre-

» *clausive antiquas solemnium nuptiarum prohibitions diligenter ab omnibus observari S. Synodus de praeceptis aliis vero temporibus nuptias solemniter celebrari permittit* » — 5. Gli sponsali con altra persona contratti e non discolti. *Sponsalia a spondeo*, dice il l'ancellotti, *sunt futurarum nuptiarum mentio et repromissio*. Ora questa promessa quante fiate non è discolta o col reciproco consenso o per le altre cause assegnate da' canonisti, forma un impedimento proibitivo alla contrattazione del matrimonio. — Questi sono gl' impedimenti proibitivi. La Chiesa onde star sicura che nella celebrazione del matrimonio di un fedele non v' incorrano impedimenti, richiede che le si desse la massima pubblicità: per lo che il l'ancellotti Lateranese in prima, e poscia il Tridentino, stabilì che « *Ter a proprio contrahentium parochio tribus continuis diebus festis, in Ecclesia, inter missarum solemnias, publice denuntietur inter quos matrimonium sit contrahendum*; » inculcando ai fedeli che ove conoscessero esistervi fra i contrahenti qualche impedimento, lo rivelassero.

Avendo di sopra menzionati i matrimoni clandestini è uopo che brevemente qui ne facessimo parola.

Il matrimonio che non è contratto con quelle formalità richieste dal concilio di Trento diceasi clandestino. Il matrimonio clandestino è proprio ed improprio. Clandestino proprio diceasi quel matrimonio che non è stato celebrato alla presenza del Parroco e di tre o due testimoni, e questo siccome abbiamo osservato di sopra è fulminato di nullità. Clandestino improprio poi è quel matrimonio che avvegnachè celebrato alla presenza del Parroco e de' testimoni, non si è fatto però procedere dalle pubblicazioni. Questo matrimonio così celebrato non cessa di esser valido. Questi matrimoni così contratti non conseguono presso noi gli effetti civili; anzi gli stessi matrimoni celebrati secondo le forme del Concilio di Trento quando non vengono preceduti dagli atti dello stato civile rimangono privi di effetti civili, giusta il disposto dell' art. 69 delle nostre leggi civili, articolo nuovo e che non istà nel Codice di Francia. Esso è così scritto: — *Il matrimonio nel regno delle Due Sicilie non si può legittimamente celebrare che in faccia alla Chiesa secondo le forme prescritte dal Concilio di Trento. Gli atti dello stato civile sono essenzialmente necessari e PRECEDER DEBONO LA CELEBRAZIONE DEL MATRIMONIO, perchè il matrimonio produca gli effetti civili, tanto riguardo ai coniugi, che a' di loro figli.* — Che anzi il legislatore conoscendo che la semplice privazione degli effetti civili non fosse una pena bastevole, venne col decreto de' 25 settembre 1828 a sanzionare:

» Art. 4. I matrimoni i quali non sono accompagnati da tutte le debite forme prescritte dal Concilio di Trento, detti clandestini, ed i matrimoni i quali mancano degli atti dello stato civile, oltre alla privazione degli effetti civili, pronunziata dagli articoli 67 e 409 II. cc., sottoporranno i contrahenti alla pena di prigionia. Questa pena per coloro che contraggono matrimoni clandestini, sarà non minore di un anno nè maggiore di due; e per

sente capitolo II; e nel seguente gli altri quattro (66 a 69) relativi alle opposizioni.

coloro che contraggono matrimoni i quali mancano degli atti dello stato civile, sarà non minore di sei mesi, nè maggiore di un anno.

» 2. Alla stessa pena di prigionia andranno soggetti anche coloro, i quali scientemente avranno come testimoni prestata la loro assistenza all'atto di clandestina contrattazione.

» 3. L'azione penale per le punitzioni de' colpevoli di soli delitti sarà esercitata dal Pubblico Ministero, senza bisogno d'istanza privata.

» 4. La pena sarà espiata dagli uomini nelle prigioni correzionali, e dalle donne in un conservatorio o ritiro.

» 5. Il padre o l'avo paterno pel tempo in cui sia necessario il loro rispettivo consenso alla legittima contrattazione del matrimonio, qualora tema che alcun suo discendente voglia contrarre matrimonio clandestino, potrà farlo detenere per un periodo non maggiore di sei mesi ne' luoghi stabiliti coll' articolo precedente. In questo caso l'uomo potrà essere anche detenuto in una casa religiosa, che a ciò si presti.

» 6. Il Presidente del tribunale civile della provincia o valle, sulla domanda del padre o dell' avolo paterno, ordinerà l'arresto del prevenuto, ed esprimerà nell'ordinanza il luogo e' il tempo della detenzione stabiliti dal padre o dall' avolo.

» 7. Se il padre o l'avo paterno sia binubo, e si tratti di figli o nipoti dipendenti da altro matrimonio, il Presidente dopo conferire con il Procuratore del Re, accorderà o negherà l'ordine della detenzione, e nel primo caso potrà abbreviarne la durata.

» 8. La madre sopravvivenne al padre ed all' avolo paterno, e non rimaritata, qualora sia necessario il suo consenso alla legittima contrattazione del matrimonio, non potrà far arrestare il figlio o la figlia nel caso dell' art. 5 se non coll' assenso di due de' più prossimi parenti paterni ed in loro mancanza di due amici, e purchè il Presidente del tribunale civile, udito il Procuratore del Re, creda poter accordare l'arresto pel tempo che stimerà fra l'enunciato periodo di sei mesi.

» 9. In tutti i casi in cui avrà luogo la detenzione, saranno osservate le disposizioni dell' art. 305 delle leggi civili.

» 10. La contrattazione del matrimonio clandestino, nel tempo in cui la legge richiede il consenso espresso degli ascendenti, sarà causa di direddazione da parte di quelli ascendenti il cui consenso sia necessario per la legittima contrattazione del matrimonio.

» 11. I matrimoni di coscienza, quelli cioè che si contraggono negli stessi termini della Bolla *Satis robis*, non sono compresi nelle sanzioni penali del presente decreto, restando per essi in vigore le nostre sovrane disposizioni all'uopo emanate.

A questo decreto tenne dietro un altro decreto de' 9 marzo 1862 nel quale si aggiunse quanto appresso: « Per coloro che sieno sommessi a giudizio penale ne' termini del decreto de' 25 settembre 1828 » a motivo di aver celebrato matrimonio clandestino o di avervi assistito come testimoni, non v' sarà altro modo di custodia che il carcere, rimanendo essi esclusi dal beneficio dell' articolo 432

«3 [68]. — Prima della celebrazione del matrimonio, l'uffiziale dello stato civile

farà due pubblicazioni in giorno di domenica avanti la porta della casa del comune,

«delle leggi di procedura ne' giudizi penali. — La pena della prigione a carico di detti colpevoli sarà sempre applicata nel massimo del periodo stabilito nell'art. 4 del decreto de' 25 settembre 1828.

E da osservarsi infine che il matrimonio clandestino ancorchè sia dichiarato nullo, pure la imputabilità e la sanzione penale non cessa di aver la sua applicazione giusta il decreto de' 4 ottobre 1835.

E poichè il decreto de' 25 settembre 1828 testè riportato avendo fatto parola de' matrimoni secondo la Bolla *Satis vobis*, bisogna che qui noi ne discorriamo.

Benedetto XIV, per facilitare i matrimoni, cui spesso si opponevano la convenienze sociali, la disparità delle condizioni, la distanza de' natali e quanto altro mai la pregiudiziosa mente di coloro che si appellavano nobili sapeva immaginare, venne con la Bolla *Satis vobis* a permettere i matrimoni di coscienza, quelli cioè che col permesso de' superiori ecclesiastici si celebrano in segreto, alla presenza del Parroco e de' testimoni, ma senza far precedere le pubblicazioni e senza notarsi nel solito libro de' matrimoni, per poi a tempo opportuno farsi noti; e ciò per evitar gli inconvenienti dei matrimoni tenuti occultati quantunque validi e di preservare i contraenti dalle pene loro minacciate. Le forme e condizioni per questi matrimoni sono:

1. Che il Vescovo permette tali matrimoni quando vi concorre una ragione grave ed urgente. — 2. Che il medesimo deve destinare il Parroco di uno de' futuri sposi, ovvero *ex gravi causa* qualche altro sacerdote di sperimentata probità; ed avvisarlo acciocchè tenesse parola a' futuri coniugi de' loro doveri verso i figli nascituri. — 3. Che lo stesso Vescovo deve conservare nella curia vescovile due registri ben chiusi e suggellati, in uno de' quali deve andar notato il matrimonio, e nell'altro la nascita ed il battesimo dato a' figli: quali registri non si dovranno aprire se non per notarvi le cose cennate, o quando gl'interessati ne chiedessero un documento, in difetto di altri mezzi di prova, o quando dovere di giustizia lo esigesse. — 4. Finalmente che il padre ed in suo difetto la madre, fra il termine di 30 giorni deve denunziare al Vescovo i figli procreati da' tali matrimoni, altrimenti si può rompere il silenzio e così far salvi i dritti de' terzi.

Questa Bolla che fu emanata nell'anno il del pontificato di Papa Benedetto XIV, munita di *regio exequetur* fu ricevuta nel regno da Re Carlo III ne' 30 marzo dell'anno seguente, con la clausola che con un tal beneplacito non intendeva pregiudicare a' reali dritti della sua sovrana potestà rispetto agli effetti civili di tali matrimoni. Ved. *Gatta, dispacci, tom. I, tit. 13, disp. 11*.

Per la pubblicazione del Codice al 1819, questi matrimoni ancorchè rimasti, per lo spirito di quel complesso di leggi, in vigore, ma non produttivi di effetti civili, pure a non pochi dubbj dettero luogo, perocchè vi fu mestieri de' reali rescritti all'uopo per eliminarli, che noi qui riportiamo.

I. — *Rescritto del 1° aprile 1822.* Nel consiglio » del di 1° del corrente, ho rassegnato a S. M. ii » rapporto della commissione consultiva tempo-

» ranea in ordine al dubbio proposto dal Vescovo » di Nardò, se incorra o no nella pena e nella multa » comminata dall'art. 245 II. pen. un parroco, che » proceda alla celebrazione de' così detti matri- » moni di coscienza in conformità della Bolla del » Pontefice Benedetto XIV *Satis vobis* del 17 no- » vembre 1741, muniti di *regio exequetur* al 30. » marzo 1742 — Avendo S. M. ordinato, che al- » l'oggetto si esegua la Bolla del S. Padre Benedet- » to XIV una con la clausola salutare apposta dal- » l'augusto Re Carlo III che saiva gli effetti civili, » nel real nome lo partecipo a lei, perchè si degni » farne l'uso conveniente. »

II. — *Rescritto del 30 maggio 1823 partecipato dal ministro di giustizia a quello degli affari ecclesiastici.* — « La lettura delle carte rimessami da V. E. coi suo pregiato foglio de' 3 aprile corrente anno, mi ha dato l'opportunità di rilevare i seguenti fatti:

» Il Vescovo di Nardò in settembre 1821 propose il dubbio se procedendo un parroco alla celebrazione de' così detti matrimoni di coscienza a norma della Bolla *Satis vobis* di Benedetto XIV, senza l'esibizione de' documenti richiesti dall'art. 81 delle leggi civili, incorresse o no nella pena e nella multa comminata dall'art. 245 delle leggi penali. Interpellata nel proposito l'abolita commissione temporanea consultiva, si pronunziò per l'affermativa sulla considerazione, che le leggi penali del novello codice senza far distinzione tra matrimonio regolare e matrimonio di coscienza, avevano in ogni caso comminata la pena al parroco trasgredire del disposto nell'art. 81 delle leggi civili. Su tal proposito ho osservato, che due considerazioni sfuggite all'esame della commissione l'avevano fatta incorrere in un parere erroneo. La prima che i matrimoni di coscienza considerati come atti spirituali, non soggiacciono alla cognizione del magistrato temporale, e non possono perciò dar luogo a procedimento. La seconda, che non formando oggetto del codice novello alcun atto, che riguarda la nostra santa religione, niun'alterazione poteva per esso aver ricevuta la citata Bolla di Benedetto XIV, la quale è rimasta sempre nella piena osservanza, salvo ciò che concerne gli effetti civili, e che trovasi stabilito nell'art. 189 *leg. civ.*

» Ho osservato inoltre che nel Consiglio di Stato de' 21 marzo 1822, essendo stato proposto a S. M. l'affare, fu ordinato che si cercassero gli antecedenti circa lo stesso articolo deciso da S. M. per la Sicilia. Gli antecedenti richiesti da S. M. riguardavano l'autorizzazione implorata dal Vescovo di Piazza per la dispensa degli atti dello stato civile nella celebrazione del matrimonio di coscienza, e la sovrana risoluzione presa nell'oggetto sotto il di 3 maggio 1820, con cui trovasi ordinato, che il Vescovo di Piazza facesse uso delle sue facoltà a' termini della Bolla di Papa Benedetto XIV, e che non occorresse alcuna particolare disposizione; nella previsione però, che i matrimoni di tal natura non partoriscono alcun effetto civile, la qual circostanza il Vescovo dovrà far riconoscere agli sposi. — Proposto intanto lo stesso espediente nel posteriore Consiglio del 1° aprile 1822,

coll' intervallo di otto giorni. Le pubblicazioni e l'atto che ne verrà esteso, esprimeranno i nomi, i cognomi, le professioni e domicili de' futuri sposi, la loro qualità

di maggiori o minori, ed i nomi, i cognomi, le professioni ed i domicili de' loro genitori. Questo atto conterrà inoltre i giorni, i luoghi e le ore in cui saranno state

venne così ordinato: *Si esegua la bolla del S. Padre Benedetto XIV una colla clausola salutare apposta dall' augusto Re Carlo III, che salva gli effetti civili.*

« Le espressioni adoperate, che salva gli effetti civili, con cui si tradussero le parole della clausola *salvis tamen majestatis jurebus quoad effectus civiles huiusmodi matrimonii*, han dato luogo a sinistra ed erronea interpretazione, facendo supporre, che il rescritto avesse rievocata la disposizione dell' articolo 189 delle leggi civili, e fatti salvi gli effetti civili ai matrimoni di coscienza. Quindi la frequenza di siffatti matrimoni e le domande di diversi ordinari per la partecipazione ed osservanza del rescritto nelle rispettive diocesi.

« Dietro le indicate osservazioni, avendo di tutto rassegnato un mio rapporto a SUA MAESTÀ, con sovrana determinazione de' 30 dello scorso maggio da Vienna, inteso il parere del Consiglio ordinario di Stato, si è degnata la MAESTÀ SUA dichiarare:

« Che la risoluzione sovrana del 1 aprile 1822 » deve intendersi ne' termini stessi del dispaccio dell' augusto Re Carlo III dell' anno 1752 per » l' impartizione del regio exequatur alla enunciata Bolla di Benedetto XIV e che perciò niuna » alterazione abbiano ricercato per esso le attuali » leggi, le quali privano degli effetti civili i matrimoni, che non sono preceduti dagli atti dello » stato civile;

« Che pe' matrimoni di coscienza non sia applicabile la sanzione penale contro i parrochi, » che li celebrassero senza il preventivo adempimento degli atti dello stato civile.

« Inoltre la MAESTÀ SUA si è degnata ordinare, » che coloro i quali, avendo in buona fede contratti » matrimoni di coscienza dopo il sovrano rescritto » del 1° aprile 1822, intendono di ottenere da S. » M. la grazia che questi matrimoni producono » gli effetti civili, lo debbono implorare nel termine di due mesi; che in vista delle particolari » circostanze di ognuno verrà la M. S. ad accordarla, promettendosi di adempiersi agli atti dello stato civile, e di considerarsi questo successivo adempimento come eseguito intempo utile, » prendendosi nota in margine de' corrispondenti » atti dello stato civile della già seguita celebrazione del matrimonio innanzi alla Chiesa.

« Finalmente SCA MAESTÀ ha comandato di » farsi sentire ai Vescovi che la Bolla di Benedetto XIV è in pieno vigore nel regno, e che sono » essi autorizzati a far celebrare un matrimonio » di coscienza tutte le volte, che si verificano le » circostanze previste dalla bolla; ma nel tempo stesso debbono avvertire gli sposi, che matrimoni di tal natura non partoriscono alcun effetto » civile, secondo che fu ordinato al Vescovo di » Piazza col menzionato rescritto del 3 aprile » 1820. »

La nostra Corte Suprema di Giustizia coo- arresto del 1° agosto 1846 causa Sinopoli e Rodbìe, ritenne che il rescritto sovrano il quale permette la iscrizione del matrimonio di coscienza ne' regi-

stri dello stato civile, e lo rende produttivo di effetti civili, si debba interpretare, che gli effetti civili risalgano sin al momento della celebrazione del matrimonio. Ved. Gazzetta de' Tribun. anno II, pag. 499.

III. — Rescritto de' 40 luglio 1840. — « I molteplici reclami rimossi al Real trono pe' matrimoni di coscienza permessi ai figli di famiglia, senza la intelligenza de' loro genitori, hanno dato occasione a S. M. il Re N. S., di considerare che ormai con troppa facilità i figli di famiglia s' impegnano in matrimoni poco convenevoli in dissenso dei propri genitori; che da ciò grave discapito ad essi medesimi venga, e non lievi disordini s' insinuino nelle famiglie; che comunque inefficaci alle parti sieno in quanto agli effetti civili cotesti matrimoni, unico ostacolo che la legge possa opporre per rifrenare la licenza della gioventù e tutelare la patria potestà, pure siffatto mezzo toroa a grave detrimento dell' ordine pubblico e del benessere delle famiglie: che sia del dovere de' Vescovi di garantire anch' essi da parte loro l' autorità de' genitori in fatto di matrimonio, perlochè altra volta è stata su questo particolare richiamata d' ordine sovrano la loro attenzione. — E quindi la MAESTÀ SUA desiderando che ogni occasione di disguido nell' interesse dell' ordine pubblico venga per questa parte evitata, nel Consiglio ordinario di Stato de' 40 andante si è degnata ordinare di rinnovare efficacemente agli Ordinari del regno i suggerimenti altra volta loro annunciati di sovrano comando, perchè sieno sempre salvi, anche per loro mezzo, i diritti di patria potestà. »

IV. — Rescritto de' 12 maggio 1813. — « Ho rassegnati a S. M. i pareri diversi della consulta generale sul dubbio, se fossero produttivi di effetti civili i matrimoni di coscienza secondo la bolla Benedettina, celebrati nel regno sotto l' impero delle antiche leggi. La M. S. nel Consiglio ordinario di Stato de' 12 andante, considerando che non occorra sull' esposto dubbio una risoluzione per modo di regola, si è degnata ordinare che le si rassegni ciascun caso che possa ancora appartenere all' epoca precedente alle nuove leggi, per risolvere se siavi luogo alla concessione degli effetti civili ai matrimoni di coscienza contratti in quel tempo. »

V. — Decreto degli 11 marzo 1839. — « Sorto il dubbio se un vedovo o una vedova contraendo matrimonio solo ecclesiasticamente possa conservare il godimento di quei diritti che per disposizione di legge o per convenzione, o per altro motivo sono o possono essere conceduti allo stato vedovile. — Abbiamo risoluto di decretare quanto segue. — Art. 1. I vedovi e le vedove che contraggono matrimonio solo ecclesiasticamente non possono conservare il godimento di alcun diritto o vantaggio, che per disposizione di legge, o per convenzione qualunque, o per beneficenza del primo coniuge sia conceduto allo stato vedovile, o da quello condizionato. » (Nota del traduttore.)

fatte le pubblicazioni, e sarà iscritto in un solo registro, che dovrà essere numerato ad ogni foglio, e vidimato, come è detto nell'art. 41 [43], e depositato in fine di ciascun anno nella cancelleria del tribunale della provincia (*arrondissement*).

64 [68]. — Una copia dell'atto di pubblicazione sarà e rimarrà affissa alla porta della casa del comune, durante gli otto giorni d'intervallo dall'una all'altra pubblicazione. Il matrimonio non potrà celebrarsi prima del terzo giorno da che sarà seguita la terza pubblicazione, non compreso il giorno della medesima.

65 [68]. — Non effettuandosi il matrimonio entro l'anno, da computarsi dalla scadenza del termine delle pubblicazioni, non potrà più celebrarsi se non dopo che si saranno fatte nuove pubblicazioni nella forma di sopra stabilita (1).

1. — Il matrimonio di due individui interessa la loro famiglia e la intera società, poichè opera in essi un cambiamento di stato. La legge quindi doveva pel matrimonio esigere la più grande pubblicità.

In conseguenza ogni progetto di matrimonio deesi rendere palese a tutti i cittadini. A questo fine la legge richiede in primo luogo due avvisi o pubblicazioni fatte in due domeniche consecutive innanzi la porta della casa comunale. Non pertanto, siccome uno scarso numero di persone si riunirebbe per

udire sì fatti annunzi, ordinariamente ciò si omette, e ragionevolmente si reputa sufficiente l'avviso che rimane affisso alla porta della casa comunale da una domenica all'altra (2).

Affinchè poi coloro che conoscessero qualche causa d'impedimento al matrimonio avessero l'agio di opporvisi o manifestare questa causa, il matrimonio non può essere celebrato se non il terzo giorno dopo la seconda domenica. Così, un matrimonio pubblicato per la prima volta la domenica 9 aprile 1837, ripetuto poi la domenica 16 del medesimo mese, non può esser celebrato che il mercoledì 19.

II. — Eseguitesi le pubblicazioni, non potevasi permettere la celebrazione del matrimonio quando meglio eredevasi più aconcio. Scorsi molti anni senza che il progetto di matrimonio siasi effettuato, egli è naturale supporre che le parti non vi avessero più alcun pensiero; di guisa che il matrimonio celebrato dopo sì fatto intervallo sarebbe spesso altrettanto ignorato quanto lo sarebbe quello che avesse luogo senza pubblicazioni.

Perlochè il matrimonio deesi celebrare nell'anno a contare dal giorno in cui poteasi contrarre. Quindi, giusta l'ipotesi precedente, potrà essere celebrato dopo il 19 aprile inclusivo 1837 fino al 18 aprile del pari inclusivo 1838. Nel 19 aprile non potrebbe esserlo più, che che ne dicano alcuni scrittori; imperocchè il matrimonio deesi celebrare nell'anno, ed in un anno non può esservi due volte il 19 aprile (3).

Queste dilucidazioni sono sufficienti a pre-

(1) Questi tre articoli furono fusi nel solo articolo 68 delle nostre leggi civili, il quale, posta la differenza de' principi regolatori la materia del matrimonio nostro e del francese fu così redatto: « Prima della celebrazione del matrimonio, a richiesta delle parti contraenti, sarà affisso sulla porta della casa del comune una notificazione in cui saranno indicati i nomi, i cognomi, i domicili e le professioni de' futuri sposi; la loro qualità di maggiori o minori: ed i nomi i cognomi, le professioni ed i domicili de' loro genitori. Questo foglio vi rimarrà affisso per corso di quindici giorni, in modo che il giorno dell'affissione sia di domenica, così ricadendo l'ultimo giorno del termine parimente di domenica. Spirato detto termine, l'ufficiale dello stato civile farà un atto in cui sarà inserita la notificazione anzidetta da parola a parola: e vi attesterà essere stata fatta l'affissione in tal giorno e mese, e che sieno scorsi i giorni prescritti dalla legge. Quest'atto sarà iscritto in un registro tenuto colle prescrizioni dell'articolo 43. Non celebrandosi il matrimonio fra l'anno da computarsi dalla scadenza del termine dell'affissione, dovrà la notificazione rinnovarsi nel modo e forma di sopra stabilita ».

Una istruzione ministeriale de' 12 novembre 1842 stabilì che i nomi de' futuri sposi si debbano

scrivere come sono indicati negli atti di nascita, ed ove non corrispondano al nome che costoro hanno in società, deve colla pubblicazione e nell'atto di solenne promessa farsi menzione anche di questo nome col quale sono riconosciuti dal pubblico, nonchè dell'attestazione de' testimoni che ne confermino la identità delle persone. (Nota del traduttore).

(2) L'art. 68 delle II, cc. non esige la pubblicazione come il francese, ma la sola affissione sulla porta della casa comunale. (Nota del traduttore.)

(3) Presso noi un rescritto de' 14 febbraio 1813 sanzionò doversi le notificazioni ripetere anche se l'anno fosse decorso per le more del giudizio di opposizione al matrimonio. Surto poi il dubbio se, non celebratosi il matrimonio nell'anno, dovesse colla notificazione ripetersi anche l'atto della solenne promessa. Un decreto del 17 novembre 1839 venne a stabilire quanto segue:

« Veduti gli articoli 68, 79, 80 e 166 delle leggi civili relativi alle formalità per gli atti dello stato civile pel matrimonio.

« Sul dubbio se non celebrandosi il matrimonio fra l'anno della scadenza del termine dell'affissione della notificazione, debba ripetersi l'atto della solenne promessa giusta l'articolo 79, al pari della notificazione prescritta dall'art. 68 delle due leggi.

venire un errore, al certo incredibile, nel quale sono incorsi alcuni uffiziali dello stato civile. Nel 1838 abbiamo conosciuti sindaci che ignorando del tutto i motivi della legge o non intendendo neppure il senso grammaticale di queste parole: *entro l'anno, da computarsi dalla...* hanno creduto che il matrimonio dovesse effettuarsi nel medesimo anno delle pubblicazioni, vale a dire prima della fine di dicembre di quell'anno; ed uno di essi nel febbrajo del 1839 ricusò di celebrare senza novelle pubblicazioni un matrimonio, i cui annunzi avevano avuto luogo nel novembre 1838, tre soli mesi prima!!!

70 [72]. — L'uffiziale dello stato civile si farà dare l'atto di nascita di ciascuno dei futuri sposi. Quello sposo che si troverà nell'impossibilità di procurarselo, potrà

supplirvi con presentare un atto di notorietà rilasciato dal giudice di pace del luogo della sua nascita, o da quello del suo domicilio (1).

71 [73]. — L'atto di notorietà conterrà la dichiarazione di sette testimoni dell'uno o dell'altro sesso, sieno o no parenti, dei nomi, de' cognomi, della professione e del domicilio del futuro sposo, e di quelli dei genitori, se sono conosciuti, del luogo, e per quanto sarà possibile, dell'epoca di sua nascita, e le cause per le quali non può produrne l'atto. I testimoni sottoscriveranno l'atto di notorietà unitamente al giudice di pace; e nel caso che non potessero o non sapessero scrivere, se ne farà menzione (2).

* Abbiamo risoluto di decretare e decretiamo quanto segue:

* Art. 4. Allorchè si darà luogo alla rinnovazione della notificazione di che parla l'articolo 68 delle leggi civili, dovrà del pari ripetersi l'atto di solenne promessa.

* Questi novelli atti dovranno adempirsi presso l'uffiziale dello stato civile del domicilio attuale delle parti a' termini dell'articolo 76 delle leggi medesime.

* 2. Ad occasione della rinnovazione della notificazione della solenne promessa dovrà esibirsi novello atto di consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia, o le novelle notificazioni dell'atto rispettoso, giusta gli articoli 75 e 466 e seguenti delle stesse leggi.

* 3. Rimane vietato agli uffiziali dello stato civile di notare al margine della solenne promessa la celebrazione del matrimonio, che fosse adempiuta dopo l'anno dalla scadenza del termine.

* In caso di contravvenzione, l'uffiziale dello stato civile sarà punito con una multa non minore di ducati sei, nè maggiore di ducati venti.

* Pe' matrimoni però celebrati prima della pubblicazione del presente decreto, gli uffiziali dello stato civile noteranno in margine dell'atto di solenne promessa la celebrazione del matrimonio, ancorchè seguito dopo l'anno della scadenza del termine per la notificazione.

* 4. In piedi di ciascuna delle due copie dell'atto di solenne promessa, che debbasi rilasciare ai futuri sposi, giusta l'art. 99 delle leggi civili, l'uffiziale dello stato civile dovrà scrivere che non celebrandosi il matrimonio fra l'anno dalla scadenza del termine dell'affissione della notificazione, debba questa rinnovarsi nel modo e nelle forme espresse nell'art. 68 delle leggi civili. ».

Per dritto canonico poi ove il matrimonio scorsi due mesi dalle pubblicazioni non si sia celebrato, è mestieri reiterare le pubblicazioni, se all'ordinario diocesano non piaccia diversamente. (Nota del traduttore).

(1) Mancando ad uno degli sposi l'atto di nascita ed esistendo l'atto di battesimo, il decreto de' 24 gennaio 1844 venne a stabilire quanto appresso:

* Art. 4. Allorchè nell'estratto di battesimo degli sposi trovisi non rettamente scritto il loro cognome, o nell'atto di morte degli ascendenti sia stato omissso uno de' loro nomi; l'uffiziale dello stato civile potrà procedere alla celebrazione del matrimonio de' minori sull'attestazione di coloro che debbano prestare il consenso, e trattandosi di matrimonio di maggiore, sulla dichiarazione giurata degli sposi e de' quattro testimoni intervenienti all'atto del matrimonio, per mezzo della quale consti della identità della persona.

* 2. Conformemente alla disposizione contenuta nell'articolo 400 del codice Napoleone (*uniforme all'art. 405 II. cc.*), le dichiarazioni fatte da' parenti e da' testimoni non potranno in alcun caso pregiudicare alle parti, le quali non le hanno richieste o non vi sono concorse. (Nota del traduttore).

(2) Appo noi il rescritto de' 6 maggio 1844 stabilisce la forma dell'atto di notorietà, onde supplire l'atto di nascita. Esso è del tenor seguente:

* Gli articoli 72, 73 e 74 delle leggi civili permettono a colui il quale trovisi nella impossibilità di procurarsi l'atto di nascita, di che gli occorra far uso per ragioni di matrimonio, di supplirvi con la esibizione di un atto di notorietà contenente la dichiarazione di sette testimoni, formato dal giudice di circondario del luogo della sua nascita o del suo domicilio, ed omologato dal tribunale civile della provincia ove il matrimonio deve celebrarsi. — Nella esecuzione delle disposizioni dei citati articoli vedesi adottato un vario metodo: imperocchè taluni giudici ricevono le dichiarazioni separatamente ed affermate con giuramento; altri per l'opposto ricevono unica dichiarazione non giurata da' testimoni, tutti unitamente e per turbam, siccome dicevasi nelle antiche pratiche forensi. — SUA MAESTÀ' cui ho rassegnato tutto ciò, ha trovato utile portare in questa parte di procedura la necessaria uniformità, e ricondurre la pratica alle vere regole del rito giudiziario. — E però in seguito dei pareri della Consulta generale del regno, ha la Maestà Sua considerato: — Che nella soggetta materia l'atto del giudice mira a raccogliere la prova di un fatto speciale per oggetto di grand'interesse; e l'uso mena a conse-

73 [74]. — L'atto di notorietà sarà presentato al tribunale di prima istanza del luogo ove si dee celebrare il matrimonio. Il tribunale, dopo aver sentito il Procuratore della Repubblica, darà o ricuserà la sua omologazione, a misura che troverà sufficienti o non sufficienti le dichiarazioni dei testimoni, e le cause per le quali non si possa produrre l'atto di nascita.

I. — Chiamasi *atto di notorietà* quello col quale si attesta che un fatto è costante, notorio. L'omologazione è l'approvazione che un tribunale dà ad un atto che gli è sottoposto.

Non bisogna credere che l'atto di notorietà di cui parliamo possa supplire interamente l'atto di nascita: tale mezzo di surrogare l'atto di nascita è qui ammesso per eccezione e per favorire i matrimoni.

73 [75]. — L'atto autentico del consenso de' padri, delle madri, degli avoli, delle avole, o in mancanza loro, di quello della famiglia, conterrà i nomi, i cognomi, le professioni ed i domicili del futuro sposo e di tutti quelli che saranno concorsi all'atto, come anche il loro grado di parentela.

I. — Alloraquando deesi consentire da un ascendente al matrimonio alla cui celebrazione si troverà presente, egli vi acconsentirà verbalmente nel momento stesso della celebrazione, sendo, in questo caso, inutile il consenso scritto.

È necessaria però una prova scritta del consenso quando l'ascendente o gli ascendenti non v'intervengono. Altrettanto si richiede se il consenso deesi prestare dal consiglio di famiglia; imperocchè esso non può venire a radunarsi e prendere una risoluzione nel medesimo momento della celebrazione.

Si fatta prova non può farsi con atto privato; perciocchè sarebbe facilissimo foggiarne uno; quindi la legge richiede un *atto autentico*, vale a dire rogato innanzi

notajo. Oltracciò sarebbe convenevole che tale atto non fosse disteso in brevetto, ma che se ne scrivesse minuta (l'atto rogato in minuta è quello il cui originale, scritto in minutissimo carattere, *minuta scriptura*, rimane depositato nello studio del notajo, il quale non ne rilascia che una copia conforme; l'atto in brevetto poi è quello che originalmente si consegna alle parti), sarebbe convenevole, dicevamo, scriber minuta dell'atto, potendo quello in brevetto andar perduto. Nonpertanto, come è chiaro, non è dal nostro articolo mica richiesta la fatta formalità.

II. — Non poche persone, e fra queste anche notai ed uffiziali dello stato civile, intendono nel nostro articolo per *futuro sposo* colui cui si dà il consenso. Questo, secondo noi, è un errore. Senza dubbio, la sua indicazione è necessaria; ma non occorre dirlo, e la legge ha stimato indispensabile parlare non di questa indicazione, ma sì di quella dell'altro sposo, potendosi la prima omettere (come realmente alcuna fiata si pratica). Primieramente se il legislatore avesse richiesta la indicazione della persona cui si dà il consenso, sarebbe stato ben inutile il dirlo; perocchè è impossibile rilasciare un atto di consenso ad un individuo senza che vi si nomini. Ma quel che il legislatore aveva in mente di richiedere era la indicazione della persona con la quale dee maritarsi colui cui si dà il consenso. Non per lusingare la vanità d'un padre vuolsi dalla legge il suo consenso al matrimonio di suo figlio, ma principalmente affinché egli possa ponderare la scelta che il figlio ha fatta, e con la sua maturità supplire alla inesperienza di costui. Il padre dunque non può prestargli il suo consenso senza esaminare con quale persona dee contrarsi il matrimonio; e non sarebbe valido il consenso generale datogli di maritarsi con chi gli sembrasse più conveniente. In fatti, un primo matrimonio non dispensa colui che lo ha contratto e che addiviene vedovo, d'ottenere, se è tuttavia minore, il consenso de' suoi ascendenti

genui irretrattabili; — che l'atto medesimo va soggetto necessariamente a solenne giudizio innanzi al tribunale, il quale su di esso deve dar sentenza in contraddizione del pubblico Ministero; — che la pronunziatione del tribunale può andar soggetta a gravame di appello e di ricorso per annullamento; — che questa condizione di cose esige indispensabilmente l'esame individuale de' testimoni e della causa, talvolta varia, della rispettiva scienza del fatto su di che essi depongono; — che a quest'esame giudiziale secondo lo spirito della legge, deve far sottratto necessariamente una istruzione compilata nelle forme solenni giudiziarie; — che le ricerche necessarie a farsi non possono a-

dempirsi con la forma di dichiarazione *per turbam*, anticamente in uso soltanto per assodare la pubblica fama o la esistenza di una costumanza particolare. — Per tutte le esposte considerazioni *SEA MAJESTA'* nel Consiglio ordinario di Stato del dì 6 andante mese, si è degnato risolvere doversi andare separatamente i testimoni che formano l'atto di notorietà per supplire l'atto di nascita ad occasione di matrimonio; doversi da' testimoni affermare con giuramento quello che depongono; e doversi formare sempre un solo atto di tutte le deposizioni e delle solennità che debbono concorrervi. (Nota del traduttore).

por un susseguente matrimonio. L'atto di consenso dunque dee contenere la indicazione del futuro sposo, vale a dire della persona che il figlio dovrà sposare.

163 [175]. — Il matrimonio sarà celebrato pubblicamente alla presenza dell'ufficiale civile del domicilio dell'uno o dell'altro de' contraenti (1).

I. — I motivi che hanno consigliata la pubblicità rispetto al progetto di matrimonio, la consigliano del pari relativamente alla sua celebrazione. Osserveremo in prosieguo (art. 192 e 193 (2)) che la mancanza d'uno o più elementi di pubblicità dà luogo, secondo il caso, o soltanto ad un'ammonizione, o alla nullità del matrimonio.

Uno degli elementi di tale pubblicità è la celebrazione del matrimonio in un comune in cui le parti sono ben eognite, vale a dire nel domicilio di una di esse. Questo domicilio, come già si è detto al titolo III, non è sempre il domicilio ordinario. Sarà in seguito spiegato in qual modo si stabilisca.

II. — Il matrimonio dev'essere celebrato dall'ufficiale dello stato civile del domicilio d'una delle due parti; ma un ufficiale sarebbe competente fuori il suo comune? Per esempio, sarebbe legalmente celebrato il matrimonio, nel comune in cui l'uno degli sposi è domiciliato, dall'ufficiale dello stato civile d'un comune diverso nel quale è domiciliato l'altro sposo?

Noi siamo per la negativa. Un ufficiale dello stato civile secondo noi perde la fatta qualità, e torna ad essere un privato, quando egli è fuori il territorio del comune pel quale tale qualità gli è attribuita. Un sindaco, tosto che non è più nel suo comune, non è più un sindaco; egli è rispetto al luogo in cui si trova un semplice cittadino. Non pertanto, e benchè non ci sembri regolare il matrimonio celebrato in un comune dall'ufficiale d'un altro comune, siccome intorno a ciò la legge non è affatto chiara, così non protrebbe per questa sola causa esserne pronunziata la nullità.

(1) Il nostro articolo 175 fu redatto nel seguente modo, attesa la diversità dei principi regolatori la materia del matrimonio: — « L'atto di solenne promessa enunciato nell'articolo 77, sarà eseguito pubblicamente alla presenza dell'ufficiale dello stato civile del domicilio dell'uno o dell'altro de' contraenti ». (Nota del traduttore).

(2) Soppressi questi articoli nelle nostre leggi civili per le ragioni che si diranno a luogo proprio. (Nota del traduttore).

(3) Ecco come furono redatti i rispondenti articoli 176 e 177 delle nostre leggi civili:

166 [176]. — Le due pubblicazioni ordinate dall'art. 63 [68] del titolo degli *Atti dello stato civile*, saranno fatte alla municipalità del luogo, ove ciascuno de' contraenti avrà il suo domicilio.

167 [177]. — Nondimeno, se il domicilio attuale è stabilito colla sola residenza di sei mesi, le pubblicazioni avranno luogo anche alla municipalità dell'ultimo domicilio (3).

I. — La spiegazione di questi due articoli si darà insieme con quella dell'art. 74 [76], al quale giungeremo immediatamente dopo l'art. 171 [180]. Ora qui ci basta dire che il nostro art. 167 [177], la cui redazione è viziosa ed oscura, equivale alla seguente proposizione: Nondimeno, se il domicilio attuale è stabilito colla sola residenza, di guisa che essendo il domicilio quanto al matrimonio, non sia nel tempo stesso il domicilio reale ordinario, in questo caso le pubblicazioni avranno luogo alla municipalità del domicilio reale.

168 (4). — Se le parti contraenti od una di esse sono relativamente al matrimonio sotto la potestà altrui, le pubblicazioni saranno fatte altresì alla municipalità del domicilio di quelli sotto la cui potestà esse si trovano.

I. — È chiaro, secondo questi due articoli, che qualche volta potrà esser necessario farsi le pubblicazioni in otto comuni differenti. In fatti, ciascuno de' due sposi può esser domiciliato, rispetto al matrimonio, in un comune, aver il suo domicilio ordinario in un secondo, ed essere in fine sottoposto alla potestà di due avi od avole domiciliati l'uno in un terzo e l'altro in un quarto comune.

II. — Per coloro sotto la potestà de' quali è una parte contraente bisogna intendere non solo quelli il cui consenso le è necessario, ma anche coloro cui ella dee dimandare il consiglio; imperocchè esser tenuto a chiede-

* Art. 176 — La notificazione ordinata dall'articolo 68 sotto il titolo degli atti dello stato civile sarà fatta nella municipalità del luogo ove ciascuno de' contraenti avrà il suo domicilio ».

* Art. 177 — Nondimeno se il domicilio attuale è stabilito colla sola residenza di tre mesi, la notificazione sarà fatta ancora nella municipalità dell'ultimo domicilio ». (Nota del traduttore).

(4) Questo articolo fu soppresso nella compilazione delle nostre leggi civili, avendo il legislatore stimato superflue quest'altre pubblicazioni. (Nota del traduttore).

re il consiglio d'un ascendente equivale ad esser sotto la sua potestà, ad esser dipendente da lui. D'altra parte, quegli al quale dev'essere richiesto il consiglio, ha il diritto di opporsi al matrimonio e d'impedirlo finchè non gli si dimanda questo consiglio: fa mestieri quindi che egli possa conoscere il progetto di matrimonio, ed opporsi alla celebrazione che il suo dipendente vorrebbe effettuare senza avvertirlo, ingannando l'uffiziale dello stato civile.

III. — Qualora il consenso deesi prestare da un consiglio di famiglia, le pubblicazioni prescritte dal nostro articolo si faranno nel domicilio di tale consiglio. Crediamo inutile aggiungere che si fatte pubblicazioni non debbono farsi al domicilio di ciascuno de' parenti od amici componenti il consiglio; imperocchè ciascuno di questi parenti non costituisce da sè solo il consiglio di famiglia, il quale è l'insieme de' differenti membri che lo compongono; or, siccome la riunione di costoro ha luogo presso il giudice di pace, presidente del consiglio, così il domicilio di costui è il vero domicilio del consiglio di famiglia. Le pubblicazioni dunque dovranno farsi nel comune ov'è il domicilio di questo giudice di pace.

169 [178]. — Il capo del governo o coloro che egli destinerà a tale oggetto, potranno per gravi cause dispensare dalla seconda pubblicazione (1).

I. — Secondo gli art. 3 e 4 dell'ordinanza del 20 pratile anno XI, già mentovata sotto gli art. 145 (2) e 164 [161], le dispense dalla seconda pubblicazione sono direttamente concedute dal procuratore della Repubblica presso il tribunale nella cui giurisdizione le parti hanno prefisso di celebrare il loro matrimonio. Si rendono in seguito note al ministro della giustizia le cause che hanno dato

(1) L'articolo 178 delle nostre leggi civili dice: — « *Re per giuste cause potrà dispensare al tempo richiesto dall'articolo 68 per la notificazione.* » — La diversità di redazione tra il nostro e l'articolo francese dipende dalla diversità del nostro articolo 68 e gli articoli 63, 64 e 65 del codice francese. Vedi la nota (2) pag. 297.

È utile qui avvertire come per poter altri essere dispensato dalle pubblicazioni canoniche, abbisogna di una causa non *antis obvia quævis et vulgaris, sed gravis, urgens et urgentissima*, giusta le parole del Van-Espeen. Dippiù è da notarsi che, domiciliando gli sposi in due diverse diocesi, il parroco, innanzi a cui si vuol celebrare il matrimonio, che è quello della parrocchia della sposa, non può passare alle pubblicazioni, se prima non è stato certificato dall'ordinario della diocesi cui l'altro sposo appartiene, che costui non è legato da impedimento canonico. (Nota del traduttore).

(2) Soppresso nelle nostre leggi civili. Vedi la *Marché T. I.*

luogo alla dispensa, la quale si depositerà nel segretariato del comune ove si è celebrato il matrimonio. Il segretario rilascia una copia della dispensa con la menzione del deposito, la quale rimane alligata all'atto di celebrazione.

È facile scernere perchè in questo caso si è permesso al procuratore della Repubblica d'accordare egli stesso la dispensa, senza che fosse uopo ricorrere al capo del governo, come nel caso di dispensa da età. Se fosse stato necessario dirigersi al ministero, sarebbe stato mestiere d'un tempo più lungo per ottenere la dispensa dalla pubblicazione di quello che si richiede per farla (3).

II. — Per analogia dell'art. 64 [68] il quale permette di celebrare il matrimonio il terzo giorno dopo la seconda pubblicazione, e che prescrive che un avviso rimanga affisso nell'intervallo dalla prima pubblicazione alla seconda, bisogna dire, atteso il silenzio del nostro articolo, che nel caso di dispensa da una pubblicazione, il matrimonio non potrà effettuarsi se non il terzo giorno dopo quella che si è fatta, e che dopo il mezzodi della domenica fino alla sera del martedì dovrà rimanere affisso un avviso per dare al matrimonio quella maggiore pubblicità che sarà possibile.

Nullameno, siamo di avviso che in caso di assoluta necessità, in caso, per esempio, di matrimonio in *extremis* (così chiamasi il matrimonio contratto da un moribondo), potrebbesi profittare del silenzio della legge per procedere al matrimonio dopo il termine di sole ventiquattr'ore. Opiniamo però che non si possa mai celebrarlo senza alcun intervallo; imperocchè la mancanza d'un tempo qualunque, nel quale si potessero fare opposizioni, equivarrebbe ad una mancanza di pubblicazioni; or la legge accorda dispense per una pubblicazione soltanto e non mai per amendue (4).

nota (2) pag. 266. (Nota del traduttore.)

(3) Per noi la cosa va altramente: devesi sempre ricorrere al Re per ottenersi la dispensa: vedi la nota (1) di questa pagina. (Nota del traduttore.)

(4) L'articolo 179 delle nostre leggi civili, che è tutto nuovo, parla appunto de' matrimoni in *extremis* qui accennati dall'autore. Esso è così scritto: — « *Potrà la notificazione omettersi ne' casi d'imminente pericolo di vita di uno de' contraccanti. Dovranno però questi giurare di non esservi alcun legittimo impedimento al matrimonio.* » — È chiaro dalle parole dell'articolo che la sola notificazione è quella che potrà omettersi in questi matrimoni e che tutte le altre formalità richieste dalla legge, come a dire l'atto di solenne promessa innanzi all'uffiziale dello stato civile, il consenso di coloro che lo debbano prestare, gli atti rispettivi ove ne sia il caso, sono tutte essenziali, onde questo matrimonio produca gli effetti civili.

130 (1). — Il matrimonio contratto in paese estero tra Francesi, e tra un individuo francese ed uno straniero, sarà valido, purchè sia celebrato secondo le forme stabilite in quel paese, e purchè si siano fatte precedere al matrimonio le pubblicazioni prescritte dall'art. 63 degli Atti dello stato civile, e che il Francese non abbia contravenuto alle disposizioni mentovate nel capitolo precedente.

SOMMARIO.

- I. Quando le due parti sono francesi, l'ufficiale del paese o l'agente francese sono entrambi competenti; altorchè l'una delle parti soltanto è francese, è competente il solo ufficiale del paese.
- II. Benchè il matrimonio contratto in paese straniero, quando volte in Francia non sia stato preceduto dalle pubblicazioni richieste o dalla domanda del consiglio degli ascendenti.
- III. La legge francese non prescrive, posto che i francesi dimorino nel loro in un paese o straniero per potestà maritale.
- IV. L'art. 18 (18), cui si riferisce il nostro, non è il solo che bisogna applicare a questo caso relativamente alle pubblicazioni da farsi in Francia.

I. — È noto, giusta una regola che già è stata spiegata nel titolo degli *Atti dello stato civile*, sotto gli art. 47 e 48 (49 o 50), che quando il matrimonio contratto presso lo straniero si effettua tra due francesi, può esser celebrato o da un ufficiale del paese, ovvero da un agente diplomatico francese; il primo in fatti rispetto ai contraenti è competente per effetto della regola *locus regit actum* (veg. n.° VIII dell'art. 3 [5 e 6]). Il secondo poi lo è, giusta i principii ordinari, poichè egli è un ufficiale pubblico francese. Ma al contrario, il solo ufficiale del paese è competente al matrimonio contratto tra un Francese ed una straniera, o viceversa. In fatti, l'ufficiale francese lo sarebbe onninamente

quanto al Francese, ma non rispetto alla donna straniera che costui toglie in isposa.

Una decisione della Corte di Rouen che avea giudicato valido un matrimonio contratto in simili congiunture innanzi un agente francese, fu cassata (e con ragione) dalla Corte suprema il 10 agosto 1819.

II. — Tra le quistioni più controverso vuoi annoverare quella di sapere quale dev'esser l'effetto della mancanza di pubblicazione in Francia, relativamente al matrimonio contratto da Francesi in paese straniero. Delvincourt lo crede nullo; Merliu (Rep., v. *Publ.*), Vazeille (I, 158) e Zachariae (III, p. 312) lo stimano valido; Foelix poi (p. 3-15), Duranton (II, 238), Valette (I, p. 412), Duvergier (I, 578) e Demolombe (III, 223-225), procedono piuttosto da legislatori anzichè da giureconsulti, creando, indipendentemente da ogni legge, ed ignorasi su quali basi, un mezzotermine, giusta il quale ora sarebbe nullo, ora valido, secondo la estimazione del fatto, in virtù della quale i tribunali godrebbero d'una intera libertà (2).

Quanto a noi, a tenore del nostro articolo, in tutti i casi sembraci soltanto ammissibile la nullità del matrimonio.

In fatti, questo articolo ha avuto per iscopo di decidere se era permesso ai francesi di maritarsi in paese straniero innanzi l'ufficiale del paese. La quistione che l'articolo risolve è la seguente: l'ufficiale d'un paese straniero è competente pel matrimonio d'un Francese?... A ciò la legge risponde che « il » matrimonio contratto in paese straniero, » nelle forme stabilite in quel paese, sarà » valido, purchè al matrimonio si siano fatte » precedere in Francia le pubblicazioni pre- » scritte, od il francese non abbia contrav-

viato una decisione di Rennes, la quale avea ammesso la validità nelle più favorevoli circostanze, acquistata la più gran forza che possa mai immaginarsi. Se non vi fosse un ultimo arresto che giudica nel senso opposto, la Corte avrebbe oggidì una costante giurisprudenza a favore della nullità.

Glò è rifermato anche da una ministeriale de' 20 aprile 1844. (Nota del traduttore).

(1) Questo articolo fu soppresso nelle nostre leggi civili, dappoichè avendo il legislatore nell'art. 6 sanzionato che — *I nazionali del regno delle Due Sicilie, ancorchè residenti in paese straniero non sono soggetti alle leggi che riguardano lo stato e la capacità delle persone, e le leggi riguardanti il matrimonio sendo tutte personali*, era chiaro che il nazionale che voleva contrarre nell'estero un matrimonio, doveva adempere nel regno agli atti dello stato civile, onde fosse stato il suo matrimonio produttivo di effetti civili. Per queste ragioni l'articolo 470 del codice Napoleone non fu riprodotto. A scanso di ogni equivoco il decreto de' 24 febbrajo 1843 venne formalmente a sanzionare queste cose che per noi si ora dette. (Nota del traduttore).

(2) Nella giurisprudenza notasi la stessa divergenza. Ciò non pertanto, de' cinque arresti profferiti sulla quistione dalla Corte suprema dopo il 1830, quattro proclamano la nullità del matrimonio, ed uno di essi è un arresto di cassazione che annullando (6 marzo 1837) con considerazioni curri-

colando una decisione di Rennes, la quale avea ammesso la validità nelle più favorevoli circostanze, acquistata la più gran forza che possa mai immaginarsi. Se non vi fosse un ultimo arresto che giudica nel senso opposto, la Corte avrebbe oggidì una costante giurisprudenza a favore della nullità.

I quattro primi arresti sono del 9 marzo 1834 (due arresti), 6 marzo 1837 e 17 agosto 1851; l'ultimo è del 18 agosto 1851 (Devilleneuve, 31, I, 442 e 443; 37, I, 180; 41, I, 682 ed 873; Veg. pure I. 39, II, 246; 40, II, 397).

Quest'ultimo arresto, profferito malgrado le contrarie conclusioni dell'avvocato generale Pascalis è tanto più strano che, la vigilia, la medesima camera avea pronunziata la nullità sulle conformi conclusioni dello stesso magistrato. Ciò avrebbe fatto supporre che da oggi alla dimane la Corte avesse fatto tesoro di qualche idea, la quale avesse sparsa nuova luce sulla quistione; ma nulla di ciò, ella fonda la sua ultima decisione su i motivi che precedentemente avea adottati la corte di Rennes e che erano stati rigettati dall'arresto di cassazione del 1837.

« venuto alle disposizioni del capitolo precedente. »

Può darsi maggior chiarezza o precisione? L'uffiziale straniero, procedendo giusta le forme straniere, sarà competente, ed il matrimonio sarà valido, *purché* il Francese precedentemente abbia fatto eseguire le pubblicazioni in Francia, ed abbia adempiuto a tutte le disposizioni del cap. 1°. Dunque se questo francese non ha fatto eseguire le pubblicazioni, o contravvenuto ad una sola delle disposizioni del cap. 1°, l'uffiziale è incompetente ed il matrimonio è nullo. L'articolo sembraci, non esser suscettivo di due sensi; imperocchè la parola *PURCHÉ* non ha mai avuto due significati.

Le congiunzioni *se, quando, allorché*, che possono avere qualche volta la stessa forza della congiunzione *purché*, non l'hanno poi necessariamente; di guisa che quando il primo caso d'una alternativa è contraddistinto da una di tali prime congiunzioni, non ne segue che il secondo caso sia risoluto in modo che non ammette alcun dubbio. Quando io dico: « Se voi partite, io partirò, » non indico necessariamente con questa proposizione quel che farò nel caso contrario; e se il pensiero che allora ho *in mente* può esser questo: « Se voi non partite, io resterò, » potrebbe pure al contrario essere quest'altro: « Se voi non partite, io partirò. » Laonde ragionevolmente si è detto che non bisogna giammai fondarsi sugli argomenti a *contrario*. E tutt'altro però della congiunzione *purché*; poichè essa esprime un mezzo rigorosamente necessario, una condizione *sine qua non*...

A queste ragioni non si è data mai alcuna risposta diretta, ma soltanto sonosi fatte obiezioni alle quali dobbiamo rispondere succintamente.

Dicesi in primo luogo che la nullità non è espressamente dichiarata nell'art. 170 (1).... Il contrario sembraci evidente. Fa mestieri forse, per esprimere la nullità, scrivere letteralmente per lettera la parola *nullità*? Non si dichiara forse che vi sarà nullità d'un atto, quando dicesi che tale atto non sarà valido; o dire che un matrimonio sarà valido, *purché* questa e quella condizione si adempia, non equivale che questo matrimonio non sarà valido se non quando si adempirà alle due condizioni; che non sarà valido senza queste due condizioni?...

Opponesi in secondo luogo, che se la causa di cui qui trattasi è veramente un impedimento al matrimonio, non è però che un impedimento proibitivo, poichè essa non è per

nulla indicata nel cap. 4, ove il legislatore ha avuto la cura di determinare tutte le cause d'annullamento... La risposta si è data anticipatamente, poichè questo caso, come si è detto, è subordinato all'incompetenza dell'uffiziale pubblico, caso formalmente preveduto nel cap. 4 dall'art. 191 (2).

Si aggiunga che il *purché* applicandosi ad ogni contravvenzione alle regole del cap. 1°, e perciò alla semplice mancanza d'atti rispettosì, ciò pruova che non trattasi d'una nullità. Si comprende però che il legislatore dovea impedire che un discendente, quantunque maggiore, non facesse giammai al suo ascendente l'oltraggio di maritarsi senza chiederli almeno il suo avviso, senza avvertirlo del suo progetto. Or, se per i matrimoni contratti in Francia tale disposizione ha una sufficiente garanzia nella pena del carcere comminata contro l'uffiziale pubblico (art. 157 [171]), si fatta garanzia non esisterebbe per i matrimoni contratti presso lo straniero, e faceva uopo senza dubbio che il legislatore si fosse attenuto ad un altro mezzo.

Questa stessa incostanza d'una pena applicabile all'uffiziale contravventore è sufficiente argomento per rispondere a coloro che pretendono che il legislatore non abbia potuto dichiarare nulli i matrimoni fatti presso lo straniero per mancanza di pubblicazione, perchè da lui non si è praticato altrettanto per i matrimoni che si contraggono in Francia.

S'insiste dicendo che si fatti principj possono applicarsi al Francese che abbandona espressamente il suo paese per andare a maritarsi presso lo straniero, ma non a coloro che da lunghi anni dimorano lontano dalla Francia, e che possono anche non aver più domicilio nella loro patria... Ma l'art. 170 (3) non fa alcuna distinzione; la sua regola è semplice ed assoluta, e nulla lascia alla prudenza del giudice. Se la disposizione produce nullità, tutti i matrimoni ne sono colpiti, ed i tribunali non hanno il diritto d'escluderne alcuno; se poi non produce nullità, essa non è possibile per alcuno, ed i tribunali, annullandone un solo, abuserebbero del loro potere; egli è affatto impossibile di scernere nell'art. 170 (4) alcun che di facoltativo...

E perchè mai debbe dirsi esser impossibile di pubblicare il matrimonio in Francia? Il francese, qualunque sia l'epoca, non vi avrà sempre il suo domicilio d'origine? E questo francese, che può sempre render pubblico il suo matrimonio, non deve ciò praticar sempre, quand'anco lo facesse per rispetto e sommissione alla legge del suo paese? Allorchè

(1) Vedi nota (1) pag. 306. (Nota del trad.)

(2) Articolo soppresso nelle nostre leggi. (Nota del traduttore.)

(3) Vedi la nota (1) pag. 306. (Nota del trad.)

(4) Vedi la nota precedente. (Nota del trad.)

la patria, per non contrariare nè i bisogni nè i gusti de' suoi figli, permette loro di maritarsi ov'eglino credono più acconcio, e quindi adotta per sua figlia la sposa che il francese si ha scelta, o fornisce di tutti i diritti civili il contratto che si è rogato altrove, ella, così operando, accorda un favore che era padrona di negare; or, perchè dovrebbe concederlo al figlio che non si è degnato di ricordarsi di lei, nè d'informarla del suo matrimonio, malgrado l'obbligo formale che ella gliene imponeva?

Ma, alla fine, in tutto ciò non vi ha che obiezioni, considerazioni che avrebbero più o meno forza in legislazione se si trattasse di riformare la legge, ma che non hanno alcun valore innanzi al potere giudiziario che dee applicare la legge tal quale essa è. La sola ed unica questione di diritto sarebbe la seguente questione gramaticale: È indispensabile la condizione indicata dalla congiunzione *PURCHÉ*?

Sembra che l'argomento principale del sistema della validità, il quale si è anche riprodotto nell'arresto del 18 agosto 1841, e che non è altro che un circolo vizioso che risolve la questione mediante la questione, sia quello nel quale la mancanza di nullità pel difetto delle pubblicazioni si deduce dal non esservi nullità per contravvenzione alle regole del cap. 1°, quantunque questo secondo caso dipenda eziandio dal *PURCHÉ*...

Chi non vede che quella proposizione, della quale se ne fa un punto d'appoggio, come se fosse un principio costante, è tutto al più una questione simile a quella della nullità per mancanza delle pubblicazioni? E chiaro in fatti che se la parola *purché* produce nullità per un caso, debbe pure produrla per l'altro; e se non la produce pel primo, non la produrrà neanche pel secondo. Ambo i casi sono controversi, irrisolti; ed in vece d'argomentare dall'uno per risolvere l'altro, il che equivale ad una petizione di principio, è uopo convenire che amendue offrono la seguente questione, unica ed identica:

La congiunzione *purché* esprime una condizione *sine qua non*?... L'affermativa sembraci incontestabile (1).

III. — I matrimoni, in Francia, non sono regolarmente celebrati che innanzi all'uffiziale dello stato civile del luogo ove l'una delle parti ha il suo domicilio quanto al matrimonio, vale a dire sei mesi dopo di residenza (art. 74, 165 e 191 [76, 175 (2)] rav-

vicinati). Debbe dirsi altrettanto per quelli contratti da' francesi presso lo straniero? Un Francese ed una Francese che andassero a dimorare in un paese straniero, abbisognano per maritarsi di sei mesi di dimora? Noi non lo pensiamo punto. Il legislatore il quale ha stabilito espressamente un articolo per indicare sotto quali condizioni sarà valido il matrimonio celebrato presso lo straniero, e che contiene una disposizione formale per richiedere l'adempimento delle pubblicazioni e delle varie condizioni prescritte nel cap. 1°, non fa alcun motto di questa dimora di sei mesi, costitutiva d'un domicilio senza del quale il matrimonio potrebbe essere annullato. Ed in vero, la necessità di tale domicilio, di tale dimora di sei mesi, non è prescritta dalla legge che come uno degli elementi della pubblicità del matrimonio; la legge vuole che gli sposi sieno conosciuti nel luogo ove eglino si maritano. Or, il matrimonio qual pubblicità otterrebbe in Francia dall'aver atteso gli sposi in Inghilterra il compimento di sei mesi a contare dal loro giugnervi?... Intorno a ciò dunque è uopo seguire le regole del paese nel quale il matrimonio dovrà celebrarsi.

IV. — Intanto, in qual modo bisogna intendere la obbligazione delle pubblicazioni a farsi in Francia, imposta ai cittadini che vogliono maritarsi presso lo straniero? Il nostro articolo, preservando si fatta obbligazione, rinvia all'art. 63 [68] il quale ordina le pubblicazioni al domicilio attuale de' futuri sposi. Per contro, nel nostro capitolo, i due art. 167 [177] e 168 (3) estendono questa obbligazione e vogliono che le pubblicazioni sieno fatte non solamente nel domicilio relativo al matrimonio, ma eziandio nel domicilio reale, se è diverso, ed anche nel domicilio di coloro alla cui potestà i futuri sposi sono sommessi. L'art. 63 [68], il solo citato dal nostro articolo, è del pari il solo che bisogna applicare ai matrimoni contrattati presso lo straniero?

Evidentemente che no. Negli art. 63, 64 e 65 [68 (4)] una sola idea predomina il legislatore, la necessità delle pubblicazioni in generale, ed egli vi parla di queste pubblicazioni solo per indicare in qual modo, da chi, quante volte, ed in qual giorno saranno fatte; come si dimostreranno, ecc. Rispetto alla questione in quali luoghi debbono eseguirsi, egli i vi non la esamina, ma invece negli art. 166, 167 e 168 [176, 177, (5)]. Il no-

presso nelle nostre leggi. (Nota del traduttore).

(3) Per l'articolo 168 francese vedi la nota (4) pag. 304. (Nota del traduttore).

(4) Vedi la nota (1) pag. 301. (Nota del traduttore).

(5) Vedi la nota (1) pag. 304. per l'art. 168 francese. (Nota del traduttore).

(1) Conf. Colmar, 2 gennaio 1825; Parigi, 30 marzo 1829; Parigi, 4 luglio 1829; Montpellier, 15 gennaio 1839; Rennes, 6 luglio 1840; da ultimo i tre arresti della corte suprema indicati nella nota precedente.

(2) L'articolo 191 del codice napoleone fu sop-

stro articolo, rinviando all'art. 63 [66], rinvia del pari implicitamente non solo agli art. 64 e 65 [68 (1)], ma anche agli art. 166, 167 e 168 [176, 177 (2)] che sono lo sviluppamento e l'accessorio dell'art. 63 [68]. La pubblicazione in Francia essendo il solo mezzo per avervi notizia del matrimonio che un francese vuol contrarre presso lo straniero, la legge non ha potuto esser meno rigorosa in questo caso che in quello di matrimonio contratto in Francia.

Coloro quindi che vogliono maritarsi in paese straniero, son tenuti a far pubblicare il loro matrimonio nel domicilio che egli hanno in Francia, ed in quello di coloro dalla cui potestà ancora dipendono.

■ ■ ■ [180]. — Eutro tre mesi dal ritorno del Francese nel territorio della Repubblica, l'atto della celebrazione del matrimonio contratto in paese straniero sarà trascritto sul registro pubblico de' matrimoni del luogo del suo domicilio (3).

I. — Nessun principio, sì nel testo come nello spirito della legge, ci autorizza a dire che la mancanza di trascrizione dell'atto nel termine prescritto produce la nullità del matrimonio; non havvi neppure alcuna pena di-

rettamente sancita dalla legge per l'inadempimento di tale condizione.

Non pertanto si fatta disposizione non rimarrà priva di sanzione, ed il suo inadempimento senza effetto. La mancanza di trascrizione nel periodo di tempo determinato opererà che il matrimonio non potrà esser opposto a coloro che avessero interesse a non riconoscerlo.

Per esempio: giusta l'art. 2102-2° [1974], la moglie ha, dal giorno del matrimonio, su tutti gl'immobili di suo marito, un'ipoteca legale, esistente indipendentemente da qualunque trascrizione. Or, supponiamo che quattro mesi dopo il ritorno in Francia d'un francese maritatosi presso lo straniero, Tizio gli mutua una somma di 50,000 franchi con un'ipoteca, che fosse la prima, su tutti i beni del mutuatario; se in seguito la moglie di costui domandasse la soddisfazione del suo credito e d'esser preferita a Tizio, questi avrebbe il diritto d'esserle anteposto. Ella in fatti ha trascurato di far eseguire la trascrizione del suo atto di matrimonio, mediante la quale Tizio avrebbe potuto conoscere alla municipalità, che il suo mutuatario era maritato, e che per conseguenza i suoi beni erano gravati d'un'ipoteca legale a pro di sua moglie.

Sarebbe poi tutt'altro se l'atto fosse stato trascritto ne tre mesi dopo il ritorno in Fran-

(1) Vedi la nota (4) pag. 301. (*Nota del traduttore*).

(2) Vedi per l'art. 168 la nota (4) pagina 304. (*Nota del traduttore*).

(3) L'articolo 180 delle nostre leggi civili fin al 24 febbraio 1843 leggevasi tal qual si trova nel codice Napoleone: a quell'epoca una legge venne a dargli una diversa redazione. Ecco le parole di questa legge:

» Veduto l'articolo 180 delle leggi civili.

» Essendo indispensabile di rimuovere l'erronea intelligenza di quest'articolo, di potersi cioè trascrivere utilmente il matrimonio celebrato in paese straniero senza lo adempimento preventivo di tutte le prescrizioni delle leggi vigenti, perchè produca in regno gli effetti civili:

» Abbiamo risoluto di sanzionare e sanzioniamo la seguente legge.

» Art. 1. La lezione dell'articolo 180 delle leggi civili rimane riformata nel modo seguente:

» Art. 180. Tra i tre mesi del ritorno di un nazionale nel regno, l'atto di celebrazione del matrimonio contratto in paese straniero, giusta gli articoli 49, 50 e 57 sarà trascritto nel registro pubblico de' matrimoni del luogo del suo domicilio.

» Questa trascrizione però potrà praticarsi dall'uffiziale dello stato civile, e produrrà gli effetti civili solo quando pria del matrimonio celebrato in paese straniero s'ia adempiuto alla pubblicazione nel regno, prescritta negli articoli 68 e 176, e s'ensi altriati osservate le prescrizioni contenute nel capitolo precedente.

» In caso di contravvenzione da parte degli uffiziali dello stato civile saranno ad essi applicabili

le disposizioni penali degli articoli 470 e 471 secondo i casi in essi contemplati.

» Art. 2. La lezione riformata dell'art. 180 delle leggi civili, giusta il precedente articolo di questa legge, sarà riportata nelle successive edizioni della prima parte del codice per le Due Sicilie, con la correlativa avvertenza di questa legge, che ne dispone la riforma ».

E da porsi mente inoltre a due circolari ministeriali de' 13 febbraio 1836 e 5 maggio 1837, nonché ad un rescritto de' 17 novembre 1839. Colla prima ministeriale fu ritenuto non esser fatale il termine di tre mesi prescritto dall'art. 180 II. cc. per la trascrizione del matrimonio contratto nell'estero ne' registri dello stato civile, per la quale non vi è di mestieri di un'apposita sentenza del tribunale; ma si bene è uopo che la trascrizione del documento debba farsi con apposito processo verbale, e che non può essere ammesso in regno, che pel solo organo del Pubblico Ministero presso il Tribunale civile.

Coll'altra ministeriale dell'anno seguente fu stabilito, che il processo verbale della trascrizione ne' registri del regno del matrimonio contratto nell'estero, debba farsi dall'uffiziale dello stato civile coll'intervento di due testimoni, e che i documenti ove ne attestio la contrattazione i quali sieno in lingua straniera, debbono essere tradotti ne' modi legali (decreto degli 11 giugno 1838), eccetto solo se fossero in latino, che allora non occorre italianizzarli.

Il rescritto in fine de' 17 novembre 1839 prescrive, che non occorrevano trascriversi i matrimoni celebrati nell'estero prima della pubblicazione delle leggi civili. (*Nota del traduttore*).

cla, e Tizio avesse fatto il mutuo venticinque giorni o tre settimane prima della trascrizione. È vero che in questa ipotesi il mutuo ha avuto luogo in un tempo nel quale non vi era ancora pel mutuante alcun mezzo di conoscere che il suo mutuatario era maritato; ma la colpa è del mutuante il quale ha dato il suo danaro prima di scorrere il termine prescritto dalla legge per far eseguire la trascrizione. Finchè non sono scorsi i tre mesi, nulla può rimproverarsi a' coniugi, e solo dopo questo termine la mancanza di trascrizione su' registri può e dee far credere che non esiste matrimonio (1).

74 [76]. — Il matrimonio sarà celebrato nel comune ove uno degli sposi avrà il domicilio. Questo domicilio per ciò che riguarda il matrimonio, si avrà per stabilito con sei mesi di abitazione continua nel comune (2).

SOMMARIO.

I. Il domicilio stabilito mediante sei mesi di residenza è il solo ove possa essere celebrato il matrimonio.

II. Tale domicilio, una volta accertato in un comune, vi sussiste ancora durante sei mesi dopo cessata la residenza.

I. — Intorno al senso di questo articolo gli autori sono discordi. Gli uni pretendono che con tale disposizione il legislatore non abbia avuto in mente di togliere la facoltà al cittadino di maritarsi al proprio domicilio ordinario; ma per l'opposto abbia voluto accordare, per i matrimoni e nel fine di facilitarli, un secondo domicilio che esiste simultaneamente con l'altro. A tenore di questa prima opinione, si avrebbe, quanto al matrimonio, 1° un domicilio speciale, che si stabilisce mediante

(1) La nostra Corte Suprema in un arresto di annullamento de' 13 luglio 1844, nella causa Sperranza e Kempel, ragionò ne' sensi del nostro autore ne' seguenti termini: — « *Quistione* — Un matrimonio che è un nazionale vada a contrarre nell'estero, senza che il faccia registrare ne' libri dello stato civile del regno, può produrre effetti civili nel regno? »

La Corte Suprema osserva che il matrimonio dal quale si vuol desumere la legittimazione di un figlio nato dopo la donazione e quindi la rinvoca al tal donazione, sia un matrimonio contratto in paese straniero senza che non solo sia stato trascritto ne' registri dello stato civile del comune del suo domicilio allorchè lo sposo ritornò nel regno, ma che non si trova neppure trascritto allorchè fu pronunciata la impugnata decisione.

Che ciò non ostante la Gran Corte ha ritenuto il matrimonio non trascritto come produttivo di effetti civili, e per colorire il suo errore ha ordinato che la sua decisione non si fosse eseguita se prima non si trascrivessero l'atto del matrimonio e la fede del battesimo.

Che con tal decisione si è non solo contravven-

una semplice residenza di sei mesi; 2° un domicilio ordinario, che rimarrebbe domicilio per quel che riguarda il matrimonio, come per qualsiasi altro obietto. Così, un minore di venti anni, che dimora ed ha sempre dimorato a Parigi, il cui tutore però è domiciliato a Versailles, potrebbe maritarsi a Parigi perchè vi risiede da oltre sei mesi, ed anche a Versailles perchè colà è il suo domicilio reale.

Gli altri sostengono che il domicilio, di cui parla il nostro articolo è il solo che la legge riconosce pel matrimonio il quale non si doveva celebrare, dicono egli, che nel luogo ove gli sposi fossero conosciuti; or, sarebbe tutt'altro, se potesse sempre aver luogo nel domicilio reale, poichè questo domicilio può aversi in un comune nel quale non si sia giammai posto piede. Laonde relativamente al matrimonio il domicilio non doveva andar fissato secondo le regole ordinarie, e dovevasene permettere la celebrazione nel solo comune ove gli sposi (o l'uno di essi) avessero dimorato per un tempo determinato.

In vista di tali ragioni si è dato luogo al nostro articolo, per lo quale il domicilio stabilito mediante sei mesi di residenza sarebbe il solo che si potesse invocare rispetto al matrimonio.

Noi non esitiamo punto ad abbracciare questa seconda opinione, primieramente per i motivi che indicheremo sponendosi, ed in altro perchè i termini del nostro art. 74 [76] non ci sembrano suscettivi d'alcun altro senso. In fatti, in qual luogo un individuo può maritarsi? Secondo l'articolo nel comune ove egli ha il suo domicilio. Ma in qual modo si stabilisce questo domicilio, il domicilio che riflette il matrimonio? L'articolo ci nuto testualmente all'art. 180 II. ec., ma ancora alla regola legale proclamata nel § 32 Inst. de actionibus, poichè ha pronunziato una decisione condizionata dipendente dalla volontà del vincitore — Per queste ragioni annulla ecc. (Nota del traduttore).

(2) L'articolo 76 delle nostre leggi civili si legge nel seguente modo — « Gli atti anzidetti saranno fatti e presentati all'ufficiale dello stato civile del comune, ove la futura sposa avrà il domicilio. Questo domicilio per ciò che riguarda gli atti dello stato civile, si avrà per stabilito con tre mesi di abitazione continua nel comune ».

Oltre ciò che riguarda la differenza de' principi, nella diversa redazione di quest'articolo dal francese, vi son da marcarsi due cose: l'una che si deve eleggere il domicilio della sposa per la presentazione degli atti, ed in ciò il nostro legislatore ha seguito il dettato del *sindaco provinc. napolit.* cap. 40, in cui è prescritto che il matrimonio deve celebrarsi nel domicilio della sposa; l'altro che il tempo richiesto per fissare il cenno domicilio è di tre mesi e non di sei come nell'articolo francese.

risponde, mediante sei mesi d'abitazione nel medesimo comune.

Contro tale dottrina si fa un'obiezione che non dobbiamo lasciare senza risposta... Egli è mestieri confessare, si oppone, che la volontà del legislatore sia stata quella di facilitare i matrimoni, come risulta e dalla sua mente e più chiaro ancora da non poche disposizioni; or, la dottrina la quale vuole che il domicilio stabilitosi mediante sei mesi di residenza sia il solo che possa competere al matrimonio, rende i matrimoni meno facili, e qualche volta impossibili durante un tempo determinato. In fatti due persone, che hanno in Rouen la loro residenza e nel tempo stesso il loro domicilio reale, vengono a stabilirsi a Parigi; il matrimonio che si propongono contrarre insieme riuscirà loro impossibile durante sei mesi, poichè fino a che questi non si compiano (dopo i quali potranno maritarsi in Parigi), non avranno alcun luogo di domicilio per quel che concerne il matrimonio.

Primariamente, si risponde, un tale inconveniente non è poi così grave come sembra a primo aspetto. Ed in vero, accadrà ben raramente che qualcuno degli sposi non abbia in un comune dimorato per sei mesi. Se il matrimonio fosse stato così urgente, quale supponesi, non lo avrebbero eglieno contratto prima di muovere dall'antico comune? Amendue, o almeno l'uno di essi, non poteva rimanere in questo comune per qualche altro tempo; innanzi a che non si celebrasse il loro matrimonio? No, si risponde; era mestieri per ambedue di partir subito. — Senza dubbio, in questa ipotesi riuscirebbe impossibile celebrare il matrimonio per qualche mese; se non fosse permesso di contrarlo nel domicilio precedente, come mostremmo nel seguente numero. Pur tuttavia anche non ammettendosi la teorica che nel seguente numero noi stabiliremo, e si dovesse per necessità ammettere quella momentanea impossibilità noi, risponderemmo che se da una parte il legislatore dovea badare a favorire i matrimoni, dall'altra dovea del pari badare a non permettere giammai che un matrimonio si celebrasse senza alcuna pubblicità, senza che il progetto si rendesse noto alle persone conoscenti le parti. Or egli è facile comprendere che questo matrimonio quasi clandestino sarebbe l'effetto della dottrina che confutiamo. Imperocchè, secondo questa dottrina, due futuri sposi che fissano il loro domicilio in Parigi, ove niuno li conosce, potrebbero non pure maritarsi quindici giorni dopo il loro arrivo, ma potrebbero ancora farlo senza che si potessero da essi richiedere le pubblicazioni al domicilio pre-

cedente, di guisa che il matrimonio avrebbe luogo senza che alcun loro conoscente ne sapesse nulla.

Ed in vero, la legge richiede le pubblicazioni al domicilio precedente quante volte il domicilio attuale si fosse stabilito *mediante sei mesi di residenza* (art. 167 [177]), vale a dire, quante volte questo domicilio fosse tale soltanto per quel che riguarda il matrimonio senza essere il domicilio ordinario. Or, nella ipotesi testè notata, gli sposi avrebbero a Parigi non un semplice domicilio di matrimonio, ma un domicilio reale. Eglino dunque potrebbero maritarsi a Parigi senza che altrove facessero alcuna pubblicazione.

Per escludere sì fatto risultato, del tutto inammissibile, coloro che veggono nel nostro articolo un secondo domicilio conceduto per favorire i matrimoni, pretendono che nell'art. 167 [177] in vece di queste parole: *Se il domicilio attuale è stabilito colla sola residenza di sei mesi*, si uopo dire: *Se nel domicilio attuale gli sposi hanno una residenza minore di sei mesi*; di guisa che, secondo essi, quest'art. 167 [177] renderebbe necessarie le pubblicazioni nell'ultimo domicilio, allorchè il novello contasse una residenza minore di sei mesi. Ma noi già abbiamo condannata questa inespicabile interpretazione, la quale pone in bocca alla legge precisamente il contrario di ciò che essa dice, ed abbiamo notato che queste parole dell'art. 167 [177]: *Se il domicilio attuale è stabilito colla sola residenza di sei mesi*, significano: *Se il domicilio attuale è un domicilio di residenza, se è un domicilio per quel che riguarda il matrimonio*; di guisa che questo articolo non si applicherebbe se si trattasse di domicilio reale. Ove dunque fosse vero che il nostro articolo non indicasse un domicilio nel quale soltanto potesse effettuarsi il matrimonio; ove fosse vero che nel domicilio reale del pari potesse sempre aver luogo il matrimonio, bisognerebbe dire che quando le parti volessero celebrare il matrimonio in questo domicilio, non sarebbero elleno tenute a farlo altrove pubblicare; di modo che due persone domiciliate in Rouen, dopo dieci anni potrebbero fissare il loro domicilio in Orléans, e subito maritarsi senza far le pubblicazioni in Rouen. E questo, lo ripetiamo, e certo niuno vi si opporrà, un risultato inammissibile.

Si è voluto trarre argomento, sia pro sia contro la nostra dottrina, dalla discussione che su quest'art. 74 [76] ebbe luogo nel Consiglio di Stato. Sembraci che tale discussione non rischiara per nulla la questione e non può somministrare alcun solido argomento. Se si volesse però assolutamente trarsene una conclusione, questa in tutti i casi sareb-

be piuttosto favorevole alla nostra opinione. Ecco in fatti quel che avvenne nel Consiglio di Stato. — Tronchet e Réal intendevano l'articolo nel senso contrario al nostro, e l'ultimo, riconoscendo che i termini di quest'articolo non offrivano punto un tal senso, propose la seguente redazione: *Il matrimonio sarà celebrato nel comune ove l'uno degli sposi avrà il suo domicilio (ordinario); potrà esserlo similmente nel comune nel quale l'uno degli sposi conterà sei mesi d'abitazione.* Bigot-Prémencu e Maleville, che professavano la dottrina che noi difendiamo, vi si opposero. Il Primo Console avendo limitata la questione se una persona poteva maritarsi nel suo domicilio reale, quand'anco non vi contasse sei mesi di residenza, Bigot opinò di no, perchè *il matrimonio ha maggior pubblicità quando è celebrato nel luogo della residenza.* Tronchet, al contrario, disse che il matrimonio poteva sempre contrarsi nel domicilio reale, e pretese che questo domicilio fosse sempre più certo e più conosciuto della residenza (si fatta osservazione di Tronchet è interamente falsa, come da ognuno si scerne, poichè il domicilio risulta dall'intenzione, spesso molto difficile a conoscersi, mentre la residenza è un fatto che non isfugge a chicchessia). Tronchet aggiunse in oltre che le pubblicazioni, in questo caso di matrimonio nel domicilio reale ove non si contassero ancora sei mesi di residenza, si farebbero non solo nel luogo della residenza, ma anche in quello del domicilio (abbiamo già dimostrato che questa seconda proposizione è egualmente falsa).

Dopo questa discussione, nella quale Tronchet fu l'ultimo ad emettere la sua opinione, l'articolo fu adottato e rimase redatto tal quale esiste al presente. (Veg. Fenet, t. IX, p. 26 e 27).

Or, quali conseguenze possono da ciò trarsene? Dall'aver Tronchet parlato l'ultimo, bisogna forse concluderne che l'art. 74 [76] fu adottato nel senso di questo consigliere, ad onta del senso contrario che offrivano i suoi termini? Ovvero non bisogna piuttosto dire che il Consiglio di Stato, rigettando la redazione proposta da Réal per conservare quel-

la che abbiamo, dimostrò che egli non abbracciava per nulla la dottrina di Tronchet, perchè senza dubbio scorgeva la falsità dei motivi da lui addotti? Quest'ultima conclusione sarebbe certamente più logica. Ma, lo ripetiamo, noi ci asteniamo dal cavarne o l'una o l'altra, e riteniamo come non avvenuta tale discussione, per decidere la questione merè elementi diversi. Or, esaminando con maturità le varie disposizioni della legge e combinandole insieme, si rimarrà convinto che il domicilio risultante da un'abitazione di sei mesi è il solo nel quale il matrimonio possa essere celebrato.

Il tribuno Simon, nel suo rapporto al Tribunato intorno al titolo degli *Atti dello stato civile*, senza dubbio intendeva l'art. 74 [76] nel senso che noi gli attribuiamo. Egli diceva: « Il domicilio, per quel che riguarda il » matrimonio, è determinato dall'abitazione » continua nel comune pel periodo di sei » mesi. » (Dunque nel luogo in cui non si ha un'abitazione di sei mesi, non vi si ha neppure il domicilio relativamente al matrimonio). « Il matrimonio, soggiungeva poi » scia, non potrà esser celebrato che nel co- » mune ove l'uno degli sposi avrà il suo do- » micilio ». (Fenet, t. VIII, p. 297).

Questi principii sono stati riconosciuti in un avviso del Consiglio di Stato del 4º giorno complementario anno XIII (1). « Considerando, vi si dice, che l'art. 165 del Codice » civile prescrive che il matrimonio sarà ce- » lebrato dall'uffiziale civile del domicilio » dell'una delle parti, e che questo domici- » lio, ai termini dell'art. 74 [76], si acquista » mediante l'abitazione continua pel perio- » do di sei mesi nello stesso comune, il Con- » siglio di Stato è di avviso che i militari che » soggiornano in Francia non possano mari- » tarsi che nel comune ove egli hanuo ri- » seduto senza interruzione durante sei me- » si, ovvero in quello in cui la loro futura » sposa ha tale residenza. »

Si fatta dottrina del resto non è nuova. Nell'antico diritto, il matrimonio non potevasi similmente celebrare che dal curato (allora uffiziale dello stato civile, come è risaputo) della parrocchia ove l'uno degli spo-

(1) Onde s'intenda quel che qui l'autore ha voluto significare sotto il nome di *giorno complementario*, è a sapersi che fra gli altri cambiamenti che nel 1792 ebbero luogo in Francia, vi fu quello del calendario, il quale fu modificato nel seguente modo. L'anno si servì di dodici mesi, ma però i mesi furono ridotti tutti a trenta giorni, avendosi principio l'anno dal 22 settembre, giorno in cui s'inaugurò la forma democratica; che si disse anno primo. I mesi si ebbero cambiati i nomi, prendendoli dalla stagione, appellandosi *verdemiale, brumale, frimale* que' d'autunno — *nevooso, pioveoso, ventoso*

que' d'inverno — *germiale, fiorile, pratile* que' di primavera — ed infine *messidoro, termidoro, fruttidoro* que' d'estate. Ogni mese si compose di tre decade, ed i giorni si denominarono dal posto della decade, dicendosi: *primodi, duodi, tridi, quortidi, quintidi, settidi, ottidi, novedi decade.* Infine acciocchè l'anno fosse stato intero, alla fine vi aggiunsero cinque giorni che si dissero *complementari o sancutottidi.* Ecco quel che ha voluto dire l'autore per giorno complementario. Vedi le istorie di quel periodo, massime l'*Histoire de la révolution* di Adol. Thiers. (Nota del traduttore.)

si risiedeva da sei mesi; tale regola è tuttavia in vigore presso la Chiesa, relativamente all'amministrazione del sacramento. Nel caso di mutamento di diocesi, era uopo, e lo è ancora, d'una residenza nella nuova parrocchia non più di sei mesi soltanto, ma di un anno. La questione che abbiamo discussa era specialmente preveduta o decisa nel nostro senso dal celebre canonista Gibert nella sua sessantesimasettima Consultazione. Or, tale antica regola (eccetto l'aumento del termine che abbiamo testè indicato), per quel che riguarda il matrimonio, fu mantenuta in vigore dalla legge del 20 settembre 1792, la quale prescriveva: « Il domicilio relativamente al matrimonio, si stabilisce mediante un'abitazione di sei mesi nel medesimo comune. » Il nostro articolo riproduce pure la stessa idea, in termini del tutto sinonimi e quasi identici.

II. — Abbiamo detto di sopra, che, secondo noi, il domicilio, quanto al matrimonio, acquistato in un comune, non cessa all'abbandonare il medesimo comune. In fatti, si è veduto che la legislazione intermedia è quindi il nostro Codice, non han fatto che riprodurre intorno a questo subietto le regole dell'antico diritto. Or, allorchè era in vigore quest'antico diritto (veg. Gibert, 65^a Consultazione), ne sei mesi che seguivano la vostra partenza da una parrocchia, e durante i quali non avevate il diritto di maritarvi nella novella parrocchia, conservavate però quello di poter ciò effettuare nell'antica. Nella chiesa ancora al presente dicasi, che durante questi sei mesi si ha un domicilio *di fatto* nella novella parrocchia, rimanendo nell'antica il domicilio *di diritto*.

Oltretutto, abbiamo veduto nel titolo del *Domicilio*, che per massima non havvi nè perdita pura di domicilio attuale, nè acquisto di nuovo, ma solo *cambiamento* di domicilio; vale a dire che un domicilio non si perde che per le cause onde se ne acquista uno nuovo. Or il domicilio, quanto al matrimonio, si acquista mediante un'abitazione *di sei mesi nel comune*; dunque deesi perdere allontanandosi per sei mesi.

Veramente qui non potrebbesi applicare la teoria del cambiamento di domicilio in tutto il suo rigore; il gran principio della pubblicità del matrimonio vi si oppone. E però, non potrebbesi dire che il domicilio si perde *risiedendo per sei mesi in un altro comune*, di guisa che l'antico sussiste sempre fino all'acquisto del nuovo; imperocchè con questa teoria si verrebbe a permettere a due persone partite da un comune fin da cinque, dieci, quindici anni dietro, senza aver giammai soggiornato in un solo paese *per sei mesi continui*, di maritarsi in quel comune

Marcadé T. I.

ove niuno più le conosca. Senza dubbio ciò è in aperta contraddizione con lo spirito della legge. Ma perchè si fatta teorica non si ammette fino ai limiti ne quali non contraddice per nulla a questo spirito della legge? Perchè non si permette il matrimonio durante i sei mesi che seguono alla partenza? ... Se la legge suppone che sei mesi sono necessari affinché colui che si porta ad abitare in un comune vi sia sufficientemente conosciuto, non è egli chiaro che richiedonsi più di sei mesi per essere dimenticato in quello ove una volta fu conosciuto?

E però, nel titolo III, la teoria della legge è, che il domicilio reale dura fin tanto che non gli è surrogato un altro; dunque qui deesi ammettere che il domicilio speciale al matrimonio durerà, non già finchè gli sarà surrogato un altro (perchè il principio di pubblicità si oppone ad averlo), ma almeno fin tanto che riuscirà legalmente impossibile di surrogarlo, vale a dire finchè non saranno scorsi sei mesi dal cambiamento di abitazione. Se ciò si rigettasse, la legge allora si contraddirebbe nel modo più strano; poichè sarebbe costretta a disconoscere qui interamente il proprio sistema, per rendere impossibile durante qualche tempo un contratto che da per tutto ella favorisce per quanto può. E notisi che questa regola contraddittoria e sì bizzarramente rigorosa non avrebbe alcun motivo, alcuna ragione! ... È giusto che la legge mi lusi per qualche tempo nell'impossibilità di maritarmi, perchè ho abbandonato il mio domicilio di matrimonio da uno o più anni, senza risiedere in alcun luogo durante sei mesi: da una parte la legge non può permettermi di maritarmi in un comune, a qualsivisa epoca, sotto pretesto che io in un tempovvi era conosciuto; dall'altra, è mia la colpa se mi manca il domicilio di matrimonio, perchè ho avuto il tempo d'acquistarlo. Ma quando non ancora sono scorsi sei mesi, perchè la legge m'inibisce di maritarmi alla mia antica residenza, mentre da un canto m'è riuscito impossibile, per effetto della stessa legge, di acquistare un nuovo domicilio, e dall'altro la proibizione non avrebbe alcun motivo, poichè io sono interamente conosciuto in quell'antica residenza?

Questa dottrina, che abbiamo detto essere stata professata da Gibert allorchè era in vigore l'antico diritto, oggi è insegnata da Coin-Delisle (art. 74 [76] n° 7).

75 [77]. — Nel giorno indicato dalle parti, dopo i termini delle pubblicazioni, l'uffiziale dello stato civile, nella casa del comune, ed in presenza di quattro testimo-

ni, siano o no parenti, farà lettura alle parti de' documenti sopra mentovati relativi al loro stato ed alle formalità del matrimonio, egualmente che del capo VI del titolo del *Matrimonio, intorno ai diritti ed ai doveri rispettivi degli sposi*. Rieeverà da ciascuna delle parti, l'una dopo l'altra, la dichiarazione che elleno si vogliono prendere rispettivamente per marito e moglie; pronuncierà in nome della legge, che sono unite in matrimonio, e ne stenderà immediatamente l'atto.

79 [79]. — Nell'atto di matrimonio si esprimeranno:

1° I nomi, i cognomi, le professioni, l'età, il luogo di nascita ed il domicilio di ciascuno degli sposi;

2° Se sono maggiori o minori;

(4) Ecco come furono redatti gli articoli 77 e 79 nelle nostre leggi civili, rispondenti agli articoli in disamina del codice napoleonico. — *Art. 77. « Nel giorno indicato dalle parti, che non potrà esser fissato prima del quarto giorno dopo il termine delle notificazioni, l'uffiziale dello stato civile nella casa del comune, ed in presenza di quattro testimoni, siano o no parenti, farà lettura alle parti de' documenti sopra mentovati relativi al loro stato egualmente che del capitolo I del titolo del matrimonio intorno ai diritti ed obblighi rispettivi degli sposi. Riceverà da ciascuna delle parti, una dopo l'altra, la dichiarazione che elleno solennemente promettono di celebrare il matrimonio avanti la Chiesa, secondo la forma prescritta dal sacro Concilio di Trento; e ne stenderà immediatamente l'atto ».* Vedi la nota (2) pag. 297.

Art. 79. — L'atto di solenne promessa enunciato nell'art. 77 conterrà:

1. I nomi i cognomi, le professioni, l'età, il luogo di nascita ed il domicilio di ciascuno degli sposi;

2. se sono maggiori o minori;

3. i nomi, i cognomi, le professioni ed i domicili de' padri e delle madri;

4. il consenso de' padri e delle madri dell'avo paterno, e quello della famiglia, ne' casi ove ne sono richiesti;

5. gli atti rispettivi ove ne siano fatti;

6. le notificazioni a' diversi domicili;

7. le opposizioni, se ve ne sono state; la loro cessazione; ovvero la menzione, che non vi è stata opposizione;

8. La solenne promessa de' futuri sposi di celebrare il matrimonio in faccia della Chiesa, secondo le forme prescritte dal Concilio di Trento;

I nomi i cognomi, l'età la professione ed i domicili de' testimoni, che sono intervenuti alla promessa.

Di quest'atto l'uffiziale dello stato civile ne darà copia ai futuri sposi in doppia spedizione, per essere presentata al parroco, cui la celebrazione del matrimonio si appartiene ».

3° I nomi, i cognomi, le professioni ed i domicili de' padri e delle madri;

4° Il consenso de' padri e delle madri, degli avi, e delle avole, e quello della famiglia ne' casi in cui è richiesto;

5° Gli atti rispettivi ove se ne siano fatti;

6° Le pubblicazioni ne' diversi domicili;

7° Le opposizioni, se ve ne sono state; la loro cessazione, ovvero la menzione che non vi è stata opposizione;

8° La dichiarazione de' contraenti di prendersi per isposi, e quella fatta dall'uffiziale pubblico, della loro unione;

9° I nomi, i cognomi, l'età, le professioni, ed i domicili de' testimoni, e la loro dichiarazione se sono parenti od affini delle parti, da qual lato ed in qual grado (1).

Presso noi un arresto della corte di cassazione del 22 aprile 1812 decise, che la solenne promessa ricevuta fuori la casa comunale, non priva il matrimonio degli effetti civili.

Un decreto poi de' 6 giugno 1812 dispose, che gli articoli 187 e 190 delle leggi penali fossero applicabili a' reati di produzioni di falsi testimoni, di false carte ed i false testimonianze per gli atti tutti dello stato civile.

Dippiù è a conoscersi come uno degli sposi per lo rescritto de' 15 giugno 1829, può essere nella solenne promessa rappresentato da un procuratore speciale; facendosi di ciò menzione nell'atto di solenne promessa. L'atto di solenne promessa deve contenere anche l'atto sovrano, nel caso che con questo si è supplito al consenso de' genitori; come pure, ove si tratti de' matrimoni de' militari, o degli individui della Real Famiglia, si deve esprimere nella solenne promessa il consenso di coloro che debbono autorizzare la contrattazione di questi matrimoni. Vedi le note precedenti.

Infine è a sapersi che pe' decreti de' 2 e 22 dicembre 1814, 5 luglio 1815, e pe' rescritti degli 11 febbraio 1818 e 16 gennaio 1819 e per la circolare ministeriale de' 22 maggio 1819, tutti gli atti preparatori a' matrimoni, come ancora le procedure giudiziarie che possono occorrere per ottenere un atto necessario alla celebrazione del matrimonio vanno gratis ed esenti dalle formalità del registro e bollo.

Nuovi poi sono nelle nostre leggi civili gli articoli 78, 80 e 81. Ecco ciò che sta scritto in essi: — *Art. 78. « Non adempiendosi dalle parti alla celebrazione del matrimonio, non vi sarà civilemente altra azione che pe' danni a termini dell'articolo 1438.*

Art. 80. Il parroco in seguito della esibizione della copia dell'atto anzidetto, (l'atto di solenne promessa enunciato nell'art. 79) ed adempiute le canoniche prescrizioni, procederà alla celebrazione del matrimonio. Delle due spedizioni ne riterrà una per sé; e farà fede in piede dell'altra della seguita celebrazione del matrimonio, indicando il giorno, il mese e l'anno, ed i nomi de' testimoni.

CAPITOLO III.

DELLE OPPOSIZIONI AL MATRIMONIO.

N. B. Aggiungeremo alla spiega del presente capitolo quella degli art. 66, 67, 68 e 69 [69 (1), 70 e 71].

173 [181]. — Il diritto di far opposizione alla celebrazione del matrimonio, appartiene alla persona legata in matrimonio con una delle due parti contraenti.

I. — Le cause d'impedimento che possono esistere contro un matrimonio essendo spesse fiate ignote all'uffiziale dello stato civile, e potendo essere dissimulate dalle parti, la legge doveva permettere a coloro che ne avessero avuto conoscenza, di far contro quel matrimonio opposizione che ne sospendesse la celebrazione.

Ma come, da un'altro lato, era uopo che al fatto diritto d'opposizione non fosse per ognuno un mezzo di ritardare senza motivi un matrimonio conchiuso, e qualche volta d'impedirlo procrastinandolo, così la legge ne ha accordato l'esercizio ad un ristretto numero di persone ed a condizione che potessero i futuri sposi al covert degli intrighi e delle vessazioni, che la nequizia potrebbe suscitare.

La prima persona cui la legge dà il diritto di far opposizione, è quella, che è ligata in matrimonio con un'altra la quale vuole contrarne un secondo. Ciò è ragionevole, poichè la sola qualità di una tale persona costituisce la prova d'un impedimento dirimente al matrimonio progettato.

173 [182]. — Il padre, ed in mancanza del padre, la madre, e mancando il padre e la madre, gli avi e le avole possono fare opposizione al matrimonio de' loro figli e discendenti, quand'anche costoro avessero compiuti gli anni venticinque (2).

» Rinvierà all'uffiziale dello stato civile questa » spedizione e ne domanderà riscontro.

» L'uffiziale dello stato civile ne farà subito nota- » mento nel suo registro in margine dell'atto; e » quindi il matrimonio sarà tenuto per legge so- » lennemente celebrato.

» Art. 81. Il parroco dovrà ricusarsi a celebra- » re il matrimonio senza l'esibizione della copia » dell'atto della solenne promessa fatta innanzi » all'uffiziale dello stato civile, avvertendo i fu- » turi coniugi, che senza questa promessa il ma- » trimonio non produrrebbe gli effetti civili.

Le disposizioni contenute in questi articoli ag- giunti sono corollari de' principi che regolano il matrimonio appo noi. (Nota del traduttore).

I. — La parola *avi*, come già altra volta abbiamo notato, è generica e comprende tutti gli ascendenti a qualsiasi grado appartengano (3).

In mancanza degli avi, le avole, come si è osservato nel capitolo 1°, esercitano la patria potestà rispetto al matrimonio, e debbono esser richieste a prestare il loro consenso od il loro consiglio; elleno dunque avranno pure il diritto di far opposizione al matrimonio. E però l'art. 174 [183] attribuisce ai collaterali il diritto di far opposizione nel solo caso d'inesistenza di *tutti gli ascendenti*. Del resto, bisognerà dire degli avi o bisavoli d'una medesima linea, quel che la legge prescrive relativamente al padre ed alla madre, cioè che l'avola non potrà far opposizione se non in mancanza dell'avo, suo consorte, imperocchè ella dipende da costui, come la madre dipende dal padre.

II. — Vedremo nell'art. 176 [185] che una delle garanzie, mercè le quali la legge pone i futuri sposi al covert delle opposizioni vessatorie, è l'obbligo per l'opponente d'indicare nella sua opposizione il motivo sul quale è fondata; un tale obbligo però non ha luogo allorchè l'opposizione è prodotta da un ascendente. Il legislatore vuole dunque che gli ascendenti possano far opposizione al matrimonio, quand'anche non avessero un motivo legale per impedirlo.

Da ciò erasi conchiuso che quando l'opposizione si fosse fatta da un ascendente, la potevasi riconoscere per valida da' tribunali, ad onta dell'inesistenza d'alcun impedimento legale al matrimonio. Se fosse altrimenti, dicevasi, e se l'opposizione fatta in questa ipotesi doveasi indubitabilmente e definitivamente annullare, la facoltà illimitata d'opporsi concessa agli ascendenti sarebbe stata insignificante, e la legge gli avrebbe costretti, come gli altri, a far conoscere il motivo della loro opposizione. Tale dottrina è sviluppata da Delvincourt, t. I, tit. 6, cap. 1, nota della sez. 3.

Questo è un errore: il tribunale non ha il diritto di creare arbitrariamente impedimenti

(1) Gli articoli 66 e 67 del codice civile francese furono fusi nel solo articolo 69 delle nostre leggi civili. Vedi la nota (4) pag. 318. (Nota del traduttore).

(2) L'articolo 182 delle nostre leggi civili dice: « Il padre, ed in mancanza del padre, l'avo » paterno e la madre possono fare opposizioni al » matrimonio de' loro figli e discendenti ». — Le disposizioni di questi articoli sono tassative e non possono estendersi ad altre persone per analogia, come nel dritto francese. (Nota del traduttore).

(3) Per noi non vale ciò che dice l'autore intorno al senso della parola *avi*. Vedi la nota (5) pag. 269. (Nota del traduttore).

al matrimonio; e, da un altro lato, la facoltà concessa qui agli ascendenti non sarà priva d'effetto, come si asserisce. Quel figlio che non ha mutato pensiero innanzi ad uno o puro tre atti rispettosì, notificati segretamente e conosciuti soltanto da due notai (o da un notajo e due testimoni), forse indietreggerà innanzi all'idea di citare suo padre davanti i tribunali; l'altro sposo forse rinunzierà di contrarre un matrimonio, al pensiero di dover far parte d'una famiglia, la mercè di un giudicato. Laonde questo diritto d'opporci al matrimonio senza un motivo legale è l'*ultimum subsidium* concesso agli ascendenti per costringere i figli a rispettare la loro volontà.

Se poi i futuri sposi si ostineranno talmente da non mular consiglio per qualsiasi ostacolo, quest'ostacolo scomparirà; e l'opposizione, se non esiste veruno impedimento al matrimonio, non potrà confermarsi senza violare la legge, qualunque fosse la gravità de' motivi addotti dall'ascendente in sostegno del rifiuto del suo consenso.

Un padre si era opposto al matrimonio che sua figlia volea contrarre con un forzato che aveva espiata la pena, dal quale ella erasi lasciata sedurre; il tribunale di prima istanza ritenne l'opposizione, ed in appello la Corte di Bourges, con decisione del 30 marzo 1813, proflissamente motivata, confermò la sentenza dei primi giudici; ma la Corte di cassazione cassò nel 7 novembre 1814 quella decisione; e con ragione, che che ne dica in contrario Delvincourt. Senza dubbio, la posizione del padre era penosa, e forse non sarebbe stato sconvenevole se la legge avesse permesso di mantenere, per cause gravissime, le opposizioni fatte senza impedimento legale; ma non avendo ciò permesso, i tribunali sono tenuti ad applicar la legge quale essa è, e non a farla (1).

174 [183].—Non essendovi alcun ascendente, il fratello o la sorella, lo zio o la zia, il cugino o la cugina germani, costituiti in età maggiore, non possono fare opposizione che ne' due casi seguenti:

1° Quando non si sia ottenuto il consenso del consiglio di famiglia richiesto dall'art. 160 [174];

2° Quando l'opposizione è fondata sullo stato di demenza del futuro sposo. Questa opposizione che dal tribunale potrà puramente e semplicemente esser tolta, non sa-

rà giammai ammessa che a condizione, per parte dell'opponente, di provocare l'interdizione, e di farla ordinare nel termine che sarà fissato nella sentenza.

I. — Gli affini non sono compresi nel nostro articolo; e siccome si tratta d'un diritto che il legislatore ha creduto acconcio di restringerlo fra limiti ristrettissimi, così si violerebbe la legge riconoscendolo in individui cui essa non lo ha formalmente accordato.

II. — È manifesto che il legislatore ha riposto minore confidenza ne' collaterali che negli ascendenti; poichè concede ai primi il diritto di far opposizione soltanto in due casi formalmente determinati, ed oltracciò tale diritto lo accorda ad alcuni collaterali e non a tutti.

Il primo caso è quello nel quale non si è ottenuto il consenso del consiglio di famiglia, necessario al matrimonio. Senza dubbio in tale ipotesi l'uffiziale dello stato civile, avvegnachè non si fosse fatta opposizione, non si farà a celebrare il matrimonio, se conoscerà che il giovane è minore; ma potrebbe essere ingannato; il giovane gli potrebbe presentare un falso consenso del consiglio di famiglia, od un falso atto di nascita che lo facesse credere maggiore. Precisamente in sì fatte congiunture torna utile l'opposizione.

Il secondo caso è quello di demenza del futuro sposo; e se i giudici si convincono che costui non è demente, come si pretende dai suoi, potranno, senza alcuna istruzione nè formalità, dichiarare puramente e semplicemente nulla la opposizione; se poi lo stato di demenza è provato od almeno dubbio, il tribunale con sentenza manterrà l'opposizione, con l'obbligo per parte dell'opponente di promuovere la interdizione in un termine prefisso; e se in tale termine non avrà luogo la dimanda d'interdizione, la opposizione rimarrà nulla.

Nulladimeno, e malgrado che la opposizione fosse tolta per la mancanza della dimanda d'interdizione, se il futuro sposo fosse veramente demente ed incapace di consentire, l'uffiziale dello stato civile, se si accorgesse del suo stato, non dovrebbe punto celebrare il matrimonio; oltracciò, il ministero pubblico, come diremo nell'articolo seguente, n° III, potrebbe e dovrebbe opporvisi; da ultimo, se, non vi sia stata alcuna opposizione o l'uffiziale dello stato civile non si sia per nulla avvisato della demenza, il matri-

(1) I magistrati presso noi debbono accogliere quelle opposizioni soltanto che originano dagli art. 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 162, 163, 164, 68 a 81 ff. cc. e dal decreto del 17

gennaio 1825, riportato alla nota (1) pag. 290 riguardante i militari. Ogni altra opposizione che da parte degli ascendenti si potrà muovere, non può essere accolta da magistrati. (Nota del traduttore).

monio in questo caso ad onta della già seguita celebrazione sarebbe nullo per mancanza di consenso (art. 146 [153]).

III. — Si è preteso che i collaterali d'un futuro sposo potrebbero far opposizione per mancanza di consenso del consiglio di famiglia dell'altro sposo, o per sua demenza. È questo un grave errore: imperocchè egli è evidente che per poter produrre opposizione al matrimonio di una persona, è necessario esserle parente. La qual cosa d'altra parte è provata dal caso esaminato nel numero precedente, in cui l'opposizione non è ammissibile se non quando l'opponente promuoverà la interdizione, la quale non può chiedersi che da un parente (art. 490 [413]).

175 [184]. — Ne' due casi preveduti nel precedente articolo, il tutore o curatore, durante la tutela o cura, non potrà fare opposizione, se non sia autorizzato da un Consiglio di famiglia che potrà convocare.

SOMMARIO.

- I. Il tutore o curatore di per sé può opporsi al matrimonio, quando è investito della qualità di parente indicata nel precedente articolo.
- II. Il secondo caso d'opposizione preveduto dall'articolo precedente non può aver luogo che per un maggiore interdetto.
- III. Il ministero pubblico può d'ufficio far opposizione al matrimonio, allorché esiste un impedimento dirimente, e lo sposo è insignito degli ordini sacri.

I. — Se il tutore o curatore fosse uno dei parenti notati nell'articolo precedente, è chiaro che egli non avrebbe mestieri dell'autorizzazione del consiglio di famiglia; egli in questa ipotesi agirebbe di per sé, non già come tutore ed in forza del nostro articolo, ma come parente ed in virtù dell'art. 174 [183].

II. — Il nostro articolo dice che il tutore (o curatore) potrà far opposizione ne' due casi indicati nel precedente articolo. Ma il secondo caso potrà aver luogo sol quando il futuro sposo sarà un maggiore provveduto d'un consiglio di famiglia e d'un tutore per essere interdetto (art. 505 [428]).

In fatti, quando il futuro sposo sarà un minore, egli, relativamente al matrimonio, sarà sommerso o alla potestà d'un ascendente, ovvero a quella del suo consiglio di famiglia; or, sì nell'una come nell'altra di queste due ipotesi, il secondo caso di opposizione non potrà aver luogo. Da una parte, se il futuro sposo è ancora sotto la potestà d'un ascendente, il consiglio di famiglia, rappresentato dal tutore, non può far opposizione: imperocchè tale diritto, sol in difetto di un ascendente, appartiene ai collaterali od al consiglio di famiglia (art. 174 [183]).

Finchè esiste un ascendente in istato di manifestare la sua volontà, nessun diritto o

potestà si ha il consiglio di famiglia (art. 160 [174]). — Che se poi non vi sono più ascendenti o sono tutti nella impossibilità di manifestare la loro volontà, allora il consiglio di famiglia si avrà senza dubbio il diritto di far opposizione mediante il suo tutore. Ma se il consiglio di famiglia vorrà opporsi al matrimonio, lo farà col non acconsentirvi, stando per opposizione la mancanza del suo consenso, di guisa che qui il secondo caso rientra nel primo.

In altri termini, il tutore non potendo giammai far opposizione se non a seconda del parere del consiglio di famiglia, è uopo, per rinvenire un'ipotesi nella quale il secondo caso d'opposizione non si confonda col primo, supporre un futuro sposo, che non abbia bisogno per maritarsi del consenso di quel consiglio di famiglia; or, quanto a ciò fa mestieri, o che questo sposo sia maggiore, ovvero, se è minore, che esista tuttavia un suo ascendente. Ma siccome allorché un ascendente esiste ancora, il consiglio di famiglia (ed il tutore che lo rappresenta) non ha il diritto di far opposizione, ne segue che la sola ipotesi nella quale il secondo caso preveduto da' nostri articoli possa aver luogo, è quella d'un maggiore cui s'abbia dato un consiglio di famiglia ed un tutore per essere stato interdetto.

III. — Prima di esporre gli articoli che regolano la forma delle opposizioni, dobbiamo esaminare la quistione se il ministero pubblico ha qualche volta il diritto di far opposizione d'ufficio... L'affermativa non ci sembra affatto dubbiosa. Il ministero pubblico, specialmente incaricato di sorvegliare al rispetto de' costumi, di reprimere e di prevenire, per quanto è possibile, i delitti, potrà benissimo far opposizione tutte le volte che si tratterà d'un impedimento dirimente, il quale gli darebbe il diritto di chiedere la nullità del matrimonio se fosse contratto.

Ci si oppone che in tal modo si renderebbero molto estesi i poteri del ministero pubblico, il quale può solamente agire ne' casi determinati dalla legge; tantopiù, che egli potrà inibire all'uffiziale dello stato civile di celebrare il matrimonio... A ciò rispondiamo che l'uffiziale dello stato civile potrebbe non ubbidire a sì fatto divieto; che un'opposizione sarebbe molto più efficace, e che la legge del 20 aprile 1810 dà al ministero pubblico il diritto di far tale opposizione, autorizzandolo col suo art. 46 ad agire ogni qual volta l'ordine pubblico lo richiede. Evidentemente l'ordine pubblico richiede che non si celebri un matrimonio, che il ministero pubblico potrebbe far annullare se fosse contratto.

Stimiamo pure che tra gl'impedimenti

semplicemente proibitivi avviene uno che darebbe al ministero pubblico il diritto di far opposizione: esso è l'ordine anero. In fatti il prete ha contratto un obbligo con la stessa società, obbligo cui al presente vuol contravvenire: or, il ministero pubblico è il mandatario della società; e d'altra parte la si è questa una circostanza che interessa nel più alto grado l'ordine pubblico ed i buoni costumi. L'opposizione d'ufficio ci sembra quindi possibile in questo caso.

66 [69]. — Gli atti d'opposizione al matrimonio saranno sottoscritti sull'originale e sulla copia dagli opposenti, o da persone munite di loro procura speciale ed autentica; essi dovranno essere intimati colla copia della procura alla persona, od al domicilio delle parti, ed allo ufficiale dello stato civile, il quale apporrà il visto sull'originale (1).

170 [185]. — Ogni atto d'opposizione esprimerà la qualità che attribuisce all'opponente il diritto di farlo: conterrà l'elezione di domicilio nel luogo dove il matrimonio si avrà a celebrare: dovrà egualmente contenere i motivi dell'opposizione, a meno che non fosse fatta sull'istanza d'un ascendente; il tutto sotto pena di nullità, e della interdizione dell'uffiziale ministeriale che avesse sottoscritto l'atto dell'opposizione.

SOMMARIO.

- I. Precauzioni prese dalla legge per impedire le opposizioni vane.
- II. La nullità pronunciata dall'art. 176 [185] potrebbe pure aver luogo per violazione dell'art. 66 [69].
- III. L'uffiziale dello stato civile di cui parla l'art. 64 [68] sarà indistintamente quello d'uno de' comuni ove si fauno le pubblicazioni.
- IV. L'elezione di domicilio prescritta dall'art. 66 [69] dovrà farsi nel domicilio delle sposi, contro del quale si promette l'opposizione.

(1) L'articolo 69 delle nostre leggi civili contiene le disposizioni degli articoli 66 e 67 del codice Napoleonico. Esso è scritto così: — « Gli atti di opposizione al matrimonio saranno sottoscritti sull'originale e sulla copia dagli opposenti, o da persone munite di loro procura speciale ed autentica. Essi dovranno essere intimati colla copia della procura alla persona o al domicilio delle parti, ed all'uffiziale dello stato civile, il quale apporrà il visto sull'originale. Indi l'uffiziale dello stato civile farà senza ritardo una sommatoria menzione delle opposizioni sul registro delle notificazioni; ed in margine della inserzione di dette opposizioni farà altresì menzione de' giudicati o degli atti della inibizione fatta, copia de' quali gli sarà stata rimessa. — Per le opposizioni che si fanno ad un matrimonio è da porsi mente al decreto de' 10 gennaio 1827, che nel suo dispositivo contiene quanto segue:

V. Un notaro non può denegarsi a notificare un'opposizione, quando anche stimasse che l'opponente non ne abbia la facoltà, ovvero che i motivi non sieno legali.

VI. L'uffiziale dello stato civile deve dar corso all'opposizione, malgrado fosse dubbiosa la qualità dell'opponente o la sussistenza d'un motivo legale; è tenuto però di procedere al matrimonio, se è evidente la mancanza della qualità o de' motivi.

I. — Per restringere con più sicurezza l'esercizio d'opposizione tra coloro cui è concesso, la legge richiede: 1.° l'enunziazione nell'atto d'opposizione della qualità che autorizza l'opponente ad agire; 2.° la firma, e sull'originale e sulla copia, dell'opponente o del suo mandatario provveduto di procura speciale ed autentica, che dev'essere trascritta in testa dell'atto d'opposizione.

Negli atti ordinarli la legge non richiede la firma di colui ad istanza del quale l'uscire presta il suo ministero; ma qui la legge la richiede, poichè teme che un estraneo, togliendo un falso nome, non venisse ad impedire il mio matrimonio con un'opposizione, la quale quantunque senza dubbio definitivamente sarebbe rigettata, pure lo ritarderebbe sempre per alquanto tempo. Ad onta però della precauzione presa dalla legge, la potrebbe andar anche delusa mercè una falsa firma, ma però il contraffattore andrebbe incontro ad una pena di cinque a dieci anni di reclusione (C. pen., art. 150 e 21 [293 e 11]).

Il visto che sull'originale deesi apporre dall'uffiziale dello stato civile, è una formalità che ha luogo ogni qual volta un ufficiale pubblico riceve in tale qualità una notificazione qualunque (art. 69 [163] C. pr.).

Vuolsi inoltre dalla legge, purchè l'opposizione siasi fatta ne' casi in cui deve aver luogo, che l'atto ne contenga i motivi. Non pertanto, gli ascendenti sono dispensati da questa formalità, perchè quando' anche non avessero alcuna causa legale d'impedimento, si reputerebbero agire per retto fine e per gravi motivi.

II. — La nullità dell'opposizione pronun-

» Art. 1. Le opposizioni alla solenne promessa di matrimonio potranno dedursi nel termine di 15 giorni destinati dall'art. 68 II. cc. per la notificazione, e nel termine di tre giorni successivi alla notificazione stessa richiesti dall'art. 77 delle medesime leggi civili, per potersi divenire alla celebrazione della solenne promessa di matrimonio.

» Art. 2. Se nel quarto giorno dopo il termine dell'affissione della notificazione, le parti non adempiono alla solenne promessa di matrimonio innanzi all'uffiziale dello stato civile, potranno solamente dopo il periodo di tempo indicato nell'articolo precedente, dedursi nell'interesse privato quelle opposizioni, i motivi delle quali siano posteriori al periodo anzidetto. Sarà perciò unito all'atto di opposizione un documento giustificativo del motivo sopravveniente. (Nota del traduttore).

ziata dall'art. 176 [185] per mancanza delle formalità da esso prescritte, avrebbe pure luogo per la inesistenza della firma dell'opponente, o per mancanza della procura speciale ed autentica, richieste dall'art. 66 [69]? Sì; l'alta importanza della legge attribuita al rigoroso mantenimento del diritto d'opposizione fra i limiti da essa segnati, l'obbligo che impone di chiedere la firma dell'opponente, per impedire ad un estraneo di far opposizioni togliendo un falso nome, distruggono del tutto l'idea che la legge abbia voluto lasciare senza alcuna sanzione l'obbligo da essa imposto nell'art. 66 [69]. Or se la nullità pronunziata nell'art. 176 [185] fosse inapplicabile all'art. 66 [69], bisognerebbe dire che quest'art. 66 [69] fosse privo di sanzione, poichè dalla legge non ne è indicata alcun'altra. Ed in vero è chiaro, giusta il pensiero della legge, esser l'art. 176 [185] il complemento dell'art. 66 [69].

III. — L'art. 66 [69] dice che l'opposizione dovrà esser notificata all'uffiziale dello stato civile; ma a quale uffiziale? È necessariamente quello del comune ove il matrimonio dovrà celebrarsi?

No; è sufficiente che tale notificazione sia fatta all'uffiziale di quel comune nel quale hanno luogo le pubblicazioni; imperocchè, secondo l'art. 60 [64] se le pubblicazioni si sono eseguite in diversi comuni, per potersi celebrare il matrimonio sarà duopo che le parti presentino un certificato rilasciato dall'uffiziale di ciascuno di tali comuni, comprovante di non esservi stata opposizione.

IV. — Giusta l'art. 176 [185], l'opponente nell'atto d'opposizione dev'eleggere il domicilio nel luogo ove il matrimonio dovrà celebrarsi; ma se ciascuno de' due futuri sposi dimora in un comune diverso, il matrimonio può effettuarsi in amendue i comuni; in tal caso in quale di essi bisognerà eleggere il domicilio? Senza dubbio in quello ove lo sposo contro del quale si fa l'opposizione ha il suo domicilio relativamente al matrimonio. In fatti, questa elezione di domicilio è richiesta affinché lo sposo contro il quale si fa l'opposizione non sia costretto, per farla dichiarare inammissibile, di citare l'opponente innanzi il tribunale del domicilio di costui che potrebbe essere assai lontano. Per uniformarsi dunque al voto della legge, il domicilio dovrà eleggersi nel luogo ove risiede lo sposo, contro il matrimonio del quale ha avuto luogo l'opposizione.

V. — L'uscire, il quale stimasse che la persona che richiede il suo ministero non avesse la qualità a fare opposizione, o che i motivi su quali l'ha poggiata fossero illegali, non può non prestarsi alla istanza di tale persona. Un usciere, essendo un mandatario

forzoso è tenuto ad eseguire, dev'agire ogni qual volta ne è richiesto, e non può mai elevarsi a giudice del merito dell'atto che gli si dimanda di fare. Atteso che è un mezzo di cui la legge mi costringe a valermi, egli dunque dev'essere interamente passivo; se io sono obbligato a non poter agire se non mediante il suo ministero, è mestieri reciprocamente che egli sia tenuto ad eseguire tutto ciò che io medesimo farei, se potessi farlo da me solo. L'uscire dee soltanto richiedere la firma dell'opponente o del suo mandatario speciale, e quindi adempiere le altre formalità prescritte dalla legge.

VI. — L'uffiziale dello stato civile, in questa stessa ipotesi, vale a dire quando reputa che la persona che fa la opposizione non ha qualità di farla, o che i suoi motivi non siano legali, può far non valere sì fatta opposizione e procedere al matrimonio senza attendere che la sia tolta?

L'uffiziale dello stato civile non è giudice nè punto nè poco di conoscere se questo o quel motivo sia o pur no legale, nè se la persona che promuove la opposizione ha o pur no qualità di farla. Egli dunque dee rispettare la opposizione allorchè su ciò avvi titubanza ed il caso è dubbio: sendo i soli tribunali quelli cui spetta decidere la questione. Così un tutore quantunque facesse un'opposizione non valida, opponendosi al matrimonio di un minore che ancora ha un ascendente; imperocchè il tutore ha tale diritto sol quando non esistono ascendenti; pure siccome il tutore è uno di coloro che possono aver questa qualità in alcuni casi, così non spetta all'uffiziale dello stato civile giudicare se abbia o pur no avuto luogo sì fatto caso, e dovrà per conseguenza riconoscere l'opposizione. Così del pari, quando l'opposizione è fondata sul motivo che il futuro sposo abbia ricevuto gli ordini sacri; l'uffiziale, quand'anche stimasse che tale motivo non costituisca un impedimento al matrimonio, dovrà rispettare l'opposizione, perchè su ciò avvi questione la quale non può esser da lui decisa.

Ma se non v'ha luogo a questione, se è evidente che l'opponente non abbia qualità o che il motivo sia illegale, l'uffiziale può e dee procedere al matrimonio, malgrado una simigliante opposizione. Così, un nipote fa opposizione al matrimonio di sua zia; è chiaro che egli non ne ha il diritto; ovvero l'opposizione è fatta da un fratello, ma è fondata sul motivo che il futuro sposo si vuol degradare sposando la sua domestica; è anche chiaro che ciò non costituisce un motivo legale. In ambo i casi l'uffiziale non ha l'obbligo di riconoscere l'opposizione; imperocchè la legge ha prescritto che l'opponente

deve indicare la qualità d'onde prende le mosse il suo diritto ad agire, ed anche (altrorchè l'opponente non è un ascendente) il motivo della sua opposizione, affin d'impedire, nella mancanza di qualità o di motivo legale, di farsi un'opposizione che ritardasse il matrimonio, obbligando il futuro sposo a ricorrere ai tribunali per essere rigettata. Se il legislatore avesse inteso che ogni opposizione, anche quella fatta senza qualità o senza motivo, si dovesse rispettare fino alla decisione del tribunale, non avrebbe richiesto nell'atto la indicazione della qualità e del motivo.

67 [69] (1). — L'ufficiale dello stato civile farà senza ritardo una sommaria menzione delle opposizioni sul registro delle pubblicazioni; ed in margine dell'iscrizione di dette opposizioni farà altresì menzione de' giudicati, o degli atti della opposizione tolta (*mainlevée*), copia de' quali gli sarà stata rimessa.

I. — Vi sarà *sentenza di rigetto* della opposizione, quando il rigetto si pronunzierà dal tribunale; vi sarà poi semplice *atto di rigetto*, allorchè, senza essersi proferita sentenza, la opposizione sarà stata rimossa da quei medesimi che l'aveano formata.

Del resto poi per rimuoversi la opposizione non è d'uopo necessariamente sempre d'un *atto*, d'una scrittura speciale. Per esempio, un padre che avea fatta opposizione al matrimonio di suo figlio, viene poscia a dichiarare che egli la rimuove assistendo personalmente al matrimonio e prestandovi il suo consenso; sarà più che sufficiente in questo caso di menzionare nell'atto di celebrazione d'essersi rimossa la opposizione e d'essersi dato il consenso al matrimonio.

68 [70]. — Nel caso di opposizione, l'ufficiale dello stato civile non potrà celebrare il matrimonio prima che gli sia presentato l'atto col quale è stata tolta l'opposizione, sotto pena di trecento franchi di multa, e di tutti i danni-interessi (2).

(1) Vedi la nota (1) alla pagina. 318 (Nota del traduttore).

(2) Il nostro rispondente articolo 70 II. cc. fu redatto nel seguente modo: — « Nel caso d'opposizione l'ufficiale dello stato civile non potrà passar oltre, se non gli sia presentato l'atto della tolta opposizione sotto pena di ducati 60 d'amenda, e di tutti i danni ed interessi ». Vedi gli articoli 52, 184 182 e 183 delle leggi civili. (Nota del traduttore).

(3) L'articolo 71 delle nostre leggi civili si legge così: — « Non essendovi opposizione, ne sarà fatta

I. — Risulta da quel che abbiamo detto spiegando l'art. 176 [185], n° VI. che il presente articolo intende parlare delle opposizioni fatte da individui che ne avessero qualità o per motivi legali, o almeno fosse dubbiosa la lor qualità e la legalità de' motivi.

69 [71]. — Non essendovi opposizione, ne sarà fatta menzione nell'atto di matrimonio; e se le pubblicazioni sono state fatte in più comuni, le parti produrranno un certificato rilasciato dall'ufficiale dello stato civile di ciascun comune, comprovante che non esiste opposizione alcuna (3).

I. — Il certificato comprovaverà che non esiste opposizione alcuna, il che comprende non solo il caso in cui non ne abbia avuto luogo alcuna, ma anche quello nel quale l'opposizione che vi abbia potuto essere più non esiste, per essere stata tolta.

77 [186]. — Il tribunale di prima istanza pronunzierà entro dieci giorni sulla domanda per la revoca dell'opposizione (4).

I. — Questo articolo non stabilisce che in tutti i casi il tribunale dovrà giudicare definitivamente pria che scorrano dieci giorni: ciò riuscirebbe spesso impossibile: qualche volta sarà mestieri di due, tre, quattro mesi o più, per decidere la questione che potrà aver luogo. Il legislatore vuole che il tribunale nei dieci giorni si occupi della causa e giudichi almeno preparatoriamente, se torna impossibile di decidere sul merito.

Per esempio, se si tratti d'una opposizione poggiata sull'assertiva d'un primo matrimonio, ed il conjugato, contro il quale è fatta l'opposizione, pretende che quel matrimonio sia nullo, la questione se debbasi o pur no rimuovere la opposizione dipenderà dall'altra: *Il primo matrimonio è o pur no valido?* or in dieci giorni il tribunale per verità non può essere nello stato di decidere una questione sì grave come questa. Esso, per uniformarsi, in sì fatta ipotesi, al voto del no-

» menzione nel registro delle notificazioni; e se le » notificazioni sono state fatte in più comuni, le » parti produrranno un certificato dell'ufficiale » dello stato civile di ciascun comune, onde consti » che non esiste opposizione alcuna; e di detti cer- » tificati sarà fatta memoria nel registro anzidet- » to ». — La piccola differenza di redazione che vi si scorge dall'articolo francese, è figlia de' diversi principi informati la materia del matrimonio appo noi. (Nota del traduttore).

(4) Vedi il decreto de' 10 gennaio 1827 riporta lo alla nota (1) pag. 318. (Nota del traduttore).

stro articolo, dovrà ne' dieci giorni decidere se v'abbia luogo di rigettare puramente la opposizione, o pure esaminare preliminarmente tal quistione.

Nel medesimo senso bisogna intendere il seguente articolo.

178 [187]. — Se vi è appello, sarà ultimato il giudizio ne' dieci giorni successivi alla citazione (1).

SOMMARIO.

I. L'appello sospende l'esecuzione. Il ricorso in cassazione, in questo caso, avrebbe dovuto produrre lo stesso effetto.

II. La concessione d'una decisione annullerebbe il matrimonio celebrato in virtù della decisione cassata; ma se applicherebbe in questo caso l'art. 301 [191].

III. Risposta alla critica fatta da Demolombe a questa dottrina.

I. — L'appello d'una sentenza ne sospende l'esecuzione, salvo i casi eccezionali in cui la legge provvisoriamente la permette (Veg. Cod. di proc., art. 457 [521]). Non esistendo alcuna eccezione per la ipotesi che trattiamo, essa rimane sottoposta alla regola generale, e l'appello è sospensivo. Imperciocchè, non potevasi permettere l'esecuzione provvisoria d'una sentenza che ha tolta un'opposizione ed autorizza l'uffiziale dello stato civile a celebrare il matrimonio, il quale non può aver luogo provvisoriamente e salvo a reputarsi non avvenuto.

Per questo medesimo motivo, cioè che non si può permettere di celebrarsi provvisoria-

mente un matrimonio e salvo a reputarsi nullo posteriormente, avrebbesi dovuto dichiarare nella nostra specie il ricorso in cassazione sospensivo di esecuzione, come lo stesso appello. Di sua natura il ricorso in cassazione non è sospensivo; la legge del 27 novembre — 1° dicembre 1790, che creò la Corte di cassazione (allora tribunale), dice nell'art. 16: *In materia civile, il ricorso in cassazione non sospende l'esecuzione della sentenza*; ma il Codice civile stabiliva un'eccezione a sì fatto principio nell'art. 263(2), il quale dichiarava che il ricorso contro le decisioni intorno a divorzio sospendeva l'esecuzione.

La specie che trattiamo richiedeva certamente una simile eccezione; ma un'eccezione non potendosi supporre, e questa non avendo avuto luogo forse per un'oscitanza del legislatore, sarà mestieri, malgrado l'opinione contraria di Delvincourt e la titubanza di Duranton (11-215), riconoscere il principio, non ostante le spiacevoli conseguenze che potrebbero seguirne (3).

II. — Si fatta risoluzione poco in accordo con la sana morale, è la sola che può dedursi da' principii del nostro diritto, e dà luogo ad una quistione grave e delicatissima, quella di sapere, cioè, che cosa avverrà del matrimonio contratto in forza d'una decisione la quale, dopo aver tolta l'opposizione fattasi a questo stesso matrimonio, sia stata cassata dalla Corte Suprema (4).

(1) Il nostro art. 187 II. cc. non parla de' termini, ma dice soltanto in generale: — « Se vi è appellazione sarà ultimato il giudizio in preferenza di ogni causa urgente ». L'opinione quindi dal nostro autore portata nell'articolo precedente vie maggiormente è ammissibile presso di noi. (Nota del traduttore).

(2) Soppresso nelle nostre leggi civili. (Nota del traduttore).

(3) Merlin (Rep., v. Opp. al matr.), Chardon (n° 260), Rieff (n° 175). Demolombe (III-469); Parigi, 19 settembre 1815; Lione, 13 febbraio 1828.

(4) I decreti de' 7 aprile 1828, 14 marzo 1831, e 15 marzo 1845 eliminano la quistione che sta nel dritto francese, e dal nostro autore giustamente dichiarata in disaccordo con la sana morale. Ecco il disposto di questi decreti.

I. — *Decreto del 7 aprile 1828* — « Art. 4. Nei giudizi di opposizione al matrimonio le decisioni delle Gran Corti Civili, che avranno rigettate le opposizioni, non saranno esecutorie, se non dopo scorso il termine per produrre il ricorso per annullamento alla Corte Suprema di giustizia, o dopo che il ricorso prodotto sarà stato dalla Corte Suprema rigettato.

II. — Il termine de' tre mesi stabilito nell'articolo 582 proc. civ. per la produzione del ricorso per annullamento, sarà ne' giudizi anzidetti di soli 30 giorni, decorrenti dal dì della intimazione della decisione alla parte, in persona o al domicilio.

III. — Il ricorso intinato nel termine stabilito

Marcadé T. I.

con l'articolo precedente, ne' tre giorni successivi alla intimazione, ed a cura della parte ricorrente, dovrà essere vistato dal cancelliere del giudicato del circondario ove tale intimazione è seguita, e notato su di un registro particolare da tenersi all'uso del cancelliere stesso; e ciò a pena di decadenza.

III. — Scorsi i termini stabiliti ne' due precedenti articoli, potrà eseguirsi la decisione della G. C. civile, in vista del certificato negativo del cancelliere del giudicato di circondario, vistato dal giudice rispettivo.

IV. — Il termine per depositare il ricorso, colla spedizione o copia della decisione, dovrà essere di giorni venti, quando la intimazione sia seguita in un comune compreso nell'ambito giurisdizionale della G. C. civile di Napoli, o di Palermo, e di 35 giorni, se il comune ov'è seguita la notificazione, sia compreso nell'ambito giurisdizionale delle altre G. C. Civili.

V. — Elaso il termine stabilito nel precedente articolo, la decisione impugnata potrà eseguirsi in vista di un certificato negativo del cancelliere della Corte Suprema, vidimato dal Presidente della Corte stessa.

VI. — *Decreto del 14 marzo 1834*. — « Art. 4. Ne' giudizi di opposizione al matrimonio, le sentenze de' tribunali civili, che avranno rigettate le opposizioni, non potranno mettersi in esecuzione, se non dopo scorso il termine per produrre l'appello.

L'arresto di cassazione d'una decisione annullando questa medesima decisione e facendola reputare non avvenuta, annulla pure tutto ciò che abbiasi potuto fare in esecuzione della medesima. Quindi cassata la decisione che toglieva l'opposizione, sarà nulla non solo la rimozione della opposizione, e anziando la celebrazione del matrimonio che ne è seguita. Inutilmente si opporrebbe che reputandosi come non avvenuta la rimozione della opposizione, si ha il caso d'un matrimonio che si è celebrato malgrado un'opposizione, circostanza per la quale la legge non pronunzia la nullità del matrimonio. Ammettendosi ciò, si scinderebbe l'effetto dell'arresto di cassazione, il quale, come testè abbiamo detto, non solo rende nulla la rimozione dell'opposizione proferita dalla corte di appello, ma anche la celebrazione del matrimonio; di guisa che la nullità del matrimonio non è una conseguenza per essersi celebrato ad onta di un'opposizione, ma in vece una conseguenza immediata dell'arresto di cassazione, come la stessa rimozione della opposizione. Ciò è talmente vero, che niuno certo immaginerà di condannare in questa ipotesi l'uffiziale dello stato civile alla pena di 300 fr. d'amenda pronunziata dall'art. 68 [70] contro colui che celebra un matrimonio pria di rimuoversi l'opposizione che vi è stata fatta. Intanto, ammettendosi da una parte, come è necessario, che legalmente non vi sia stata rimozione dell'opposizione, ma, dall'altra, volendosi riconoscere e mantenere la celebrazione del

matrimonio, bisognerebbe dire che questa celebrazione avesse avuto luogo senza essere stata tolta la opposizione, e che per conseguenza, giusta l'art. 68 [70], l'uffiziale che vi ha proceduto dovrebbe esser punito con l'amenda di 300 fr.

La cosa però va altrimenti: in diritto ed in fatto non può dirsi che l'uffiziale dello stato civile abbia celebrato il matrimonio senza essere stata tolta l'opposizione. *In fatto*, è vero che la celebrazione ha avuto luogo; ma è vero pure che è stata pronunziata la rimozione della opposizione. *In diritto*, per contro, per effetto dell'arresto di cassazione che ha tutto annullato, è vero non esservi stata rimozione di opposizione; ma è vero del pari non esservi stata celebrazione, poichè e celebrazione e rimozione sono annullate per aver questa avuto luogo in forza d'una decisione cassata ed annullata. Dunque se la corte di appello cui sarà rinviato il giudizio, toglie la opposizione conformemente al tribunale di prima istanza, tra i due coniugi non vi sarà matrimonio che mediante una novella celebrazione; se poi riconosce l'opposizione, il matrimonio definitivamente riuscirà impossibile. Tutto al più, quel matrimonio apparente, che avea avuto luogo in principio, potrebbe produrre, in forza dell'art. 201 [191], i medesimi effetti d'un vero matrimonio a causa della buona fede de' coniugi i quali, giusta la decisione che toglieva l'opposizione e permetteva il matrimonio, contraendolo a niuna disposizione avevano contravenuto.

III. — Demolombo (III-170), posterior-

» 2. Il termine di tre mesi, stabilito nell'articolo 507 *proc. civ.* per appellare, sarà nei giudizi anzidetti di soli 30 giorni, decorrenti dal dì della intimazione della sentenza alla parte in persona, o nel domicilio. Elaso questo termine, potrà eseguirsi la sentenza, secondo le norme stabilite dall'art. 638 delle leggi di *proc. civile*.

III. — Decreto de' 15 marzo 1845 — « Veduti gli articoli 69 e 485 *l. c.* »

» Veduti i decreti de' 10 gennaio 1827 (vedi nota (1) pag. 318), 7 aprile 1828 e 14 marzo 1831, concernenti i termini e le formalità a serbarsi per proporre opposizioni a matrimoni, e gravami avverso sentenze o decisioni sulle opposizioni stesse.

» Volendo meglio assicurare la spedizione di codesti giudizi favoriti dalla legge.

» Abbiamo risoluto di *decretare e decretiamo* quanto segue.

» Art. 1. Le opposizioni a matrimoni formate giusta gli articoli 69 e 485 delle *leggi civili* dovranno ancora contenere costituzione di patrocinatore da parte dell'opponente, e citazione a comparire nel tribunale civile fra li termini di un mese, salvo gli aumenti per la distanza per la discussione delle opposizioni: il tutto a pena di nullità.

» 2. La parte opponente dovrà fra i 10 giorni

successivi alla scadenza del termine della citazione portare la causa all'udienza del tribunale, per far pronunziare sulle opposizioni, a termini dell'art. 187 delle *leggi civili*. Ove ciò non faccia, la opposizione regolarmente proposta si avrà come abbandonata; ed in vista del certificato negativo del tribunale civile si potrà procedere oltre per la solenne pronuncia.

» 3. Le disposizioni degli articoli precedenti, nonchè degli art. 69 e 485 delle *leggi civili* circa la forma, la notificazione o la discussione delle opposizioni sono applicabili ancora a gravami avverso sentenze o decisioni che hanno rigettate le opposizioni stesse. Il termine però a comparire sarà in G. C. civile di giorni 30, e di altrettanti in Corte Suprema.

» 4. L'appello ed il ricorso per annullamento, ancorchè tardivamente proposto, sospende la esecuzione della sentenza o decisione finchè il magistrato competente abbia deciso sul gravame stesso.

» 5. Il termine utile a proporre le opposizioni a matrimoni sarà sempre quello stabilito nell'articolo 1 del decreto de' 10 gennaio 1827 (ripotato alla nota (1) pag. 318), anche nel caso che la opposizione si proponga da ascendente, cui siasi notificato prima o dopo di quel termine l'alto rispettivo » (Nota del Traduttore).

mente a noi esaminando si fatta quistione, ha vivamente combattuta la nostra dottrina. Secondo lui, il matrimonio dal momento della sua celebrazione conserva sempre ed irrevocabilmente la sua esistenza legale, malgrado l'annullamento posteriore e retroattivo della rimozione dell'opposizione, sia per effetto d'un arresto di cassazione, sia per effetto d'un appello. Per esempio, un padre fa al matrimonio di suo figlio un'opposizione fondata sul motivo che costui è insignito degli ordini sacri. Poscia ha luogo una sentenza in un senso qualunque, e la corte di appello decide che gli ordini sacri non sono un impedimento al matrimonio e toglie l'opposizione; il padre produce ricorso contro la decisione; ma siccome il ricorso non sospende l'esecuzione, così il figlio contrae il matrimonio: secondo Demolombe, si fatto matrimonio è irrevocabile. Inutilmente, ei dice, la Corte suprema cesserà la decisione e la dichiarerà non avvenuta rinviando il giudizio innanzi ad un'altra corte d'appello; inutilmente quest'ultima corte pronunzierà una decisione definitiva che riconosca negli ordini sacri un impedimento al matrimonio, che mantenga l'opposizione del padre e dichiari che il figlio sia nell'impossibilità legale di maritarsi: tutto ciò è inutile... Lo stesso è a dirsi in caso di appello: la sentenza del tribunale di prima istanza avea dichiarata permessa la celebrazione; il padre, gravemente ammalato ovvero inopinatamente costretto ad allontanarsi per qualche tempo dal suo domicilio, pria d'appellare lascia scorrere otto o dieci giorni durante i quali il figlio si marita; mediante ciò tutto è compiuto. Inutilmente, sull'appello prodotto alcuni giorni dopo, la corte dichiara non avvenuta la rimozione dell'opposizione ed il matrimonio legalmente impossibile: questo sussisterà sempre.

Si fatte idee che non si recherebbero alcuna meraviglia in bocca di persone che ignorano le teoriche giuridiche, ma che riescono maravigliosissime in quella d'un giurconsulto, da Demolombe sono poggiate su i due seguenti motivi: 1° che il sistema contrario darebbe luogo a spiacevoli conseguenze; e 2° che, siccome la celebrazione del matrimonio, fatta malgrado un'opposizione esistente, è riconosciuta pure, se si voglia, da una decisione definitiva, sarebbe ciò non ostante irrevocabile (e solo darebbe luogo all'ammenda di 300 fr. pagabile dall'uffiziale pubblico), con maggiore ragione dev'esser

lo stesso di quella di cui qui trattiamo e che si è fatta in forza di permesso della giustizia... Demolombe adduce in fine tre arresti della Corte suprema da' quali risulterebbe, secondo lui, che non dessi rigorosamente osservare il principio della nullità de' diritti conferiti da una decisione cassata.

Tutto ciò sembraci sfornito di solido ragionamento... Primieramente non ha alcuna forza l'argomento dedotto dalle spiacevoli conseguenze che potrebbe avere il sistema da noi esposto. Senza dubbio tale sistema, e siamo stati noi stessi i primi a dirlo, può divenir funesto e poco morale ne' suoi risultati. Senza dubbio per questa ipotesi si avrebbero dovuto fermare regole particolari, e limitare ad un brevissimo tempo il termine dell'appello e del ricorso, non permettendo la celebrazione del matrimonio che dopo scorso questo termine o dopo la decisione proferita e sul ricorso e sull'appello. Ma non consiste in ciò la quistione, e l'argomento perde la sua forza innanzi all'idea semplicissima che non trattasi di rifare o correggere la legge, ma di spiegarla tal quale è redatta... Il secondo argomento, se è più specioso, non è poi più concludente. In primo luogo, contentandosi la legge, come garanzia contro una celebrazione che si tentasse di fare, malgrado un'opposizione materialmente esistente, d'una semplice ammenda contro l'uffiziale dello stato civile, perchè tale ammenda lo sembra sufficiente onde costui si astenga a procedervi, certamente non se ne potrebbe dedurre che essa intende tacere ed interamente rimaner priva di ogni garanzia, come avverrebbe, secondo il sistema contrario, ne' casi di cui trattiamo. Ma, pongasi da parte si fatta osservazione, noi abbiamo preventivamente risposto all'obbiezione, dicendo che qui la nullità non procede da una celebrazione fatta malgrado un'opposizione, ma direttamente dall'arresto di cassazione (o dall'annullamento dell'appello) per effetto del quale la celebrazione si ha come legalmente non avvenuta. Dunque qui sarebbe uopo negare quest'effetto retroattivo dell'arresto di cassazione, il che tentasi timidamente da Demolombe. Il suo tentativo però non è felice; imperocchè i tre arresti che addita in questo senso, provano precisamente il contrario, e stabiliscono energicamente tutti e tre il principio che l'arresto di cassazione riduce le cose nello stato in cui esse erano prima di proferirsi la decisione cassata (1).

Da ultimo, il sistema di Demolombe dice

(1) Vegg. 26 luglio 1826 (J. du P. alla stessa data); 44 novembre 1832 (Dev. 33, 1, 293); 8 agosto 1843 (43, 1, 773).—Il primo arresto, atteso che l'effetto del cassarsi una decisione si è di rimettere la cau-

sa e le parti nel medesimo stato in cui erano prima di proferirsi la decisione annullata, CASSA la decisione con la quale la Corte di appello di Parigi avea creduto poter nella specie ed in ragione delle

che, nel caso di cui favelliamo, il ricorso è permesso, ma a condizione che l'arresto di cassazione che potrà seguirne rimarrà senza alcun effetto; che del pari può aver luogo l'appello, sì dopo la celebrazione come prima, ma a condizione che l'annullamento non annullerà alcuna cosa! Una simigliante idea non ha importanza; non solo non può sostenersi in diritto, ma nè pure in legislazione e nel caso che si trattasse di rifare la legge in vece d'applicarla quale essa è. Ed in vero, egli è evidente che per compilarli in tal senso una nuova legge, sarebbe mestieri, in vece di permettere la stravagante burla di produrre un appello od un ricorso a condizione che non avrebbero alcun risultato, dichiarare che l'appello (dopo fatta la celebrazione) ed il ricorso (sempre) s'invalidano nella nostra ipotesi. Ma questa nuova legge in tal modo redatta non esiste; e finché da' nostri avversari non ci si additerà una disposizione eccezionale ai principii fermati per la fatta ipotesi, è giuoco-forza convenire che l'appello ed il ricorso vi sono permessi, e permessi col risultato ordinario cui danno luogo. Relativamente poi alle conseguenze che ne possono risultare, esse sono imputabili più alle stesse parti che al legislatore, le quali non dovrebbero essere sì sollecite a far uso d'una facoltà che conoscono avere un'esistenza condizionale.

179. [188]. — Gli opposenti, eccettuati gli ascendenti, se l'opposizione è rigettata, potranno essere condannati al risarcimento de' danni e delle spese.

circostanze non applicare al fatto principio e convalidare l'alienazione fattasi in forza d'una decisione esistente quando ebbe luogo una tale alienazione, ma cassata posteriormente. — Il secondo non ammette la pretesione d'un terzo il quale, interessato al mantenimento della decisione di cui s'era prodotto ricorso, volesse intervenire per opporsi all'annullamento; ed è poggato sul motivo che se la decisione è annullata, la causa sarà interamente rinviata innanzi ad un'altra corte ove si rinnovellerà il giudizio, di guisa che il terzo potrà intervenire. — Il terzo arresto, finalmente, riconosce la decisione della corte di Bigione, la quale dichiara che l'arresto di cassazione proferito contro la decisione d'Alx invocata da Perret ha rimesso le parti nel medesimo stato in cui erano prima di quest'ultima decisione; che perciò più non esistono i diritti risultanti dalla medesima e che Perret, sottoposto alla condizione risolutiva che ha avuto luogo, non può conservarli.

Lungi dunque che un solo degli anzidetti arresti tentasse di distruggere il principio che l'arresto di cassazione d'una decisione legalmente annulla questa stessa decisione ed i suoi effetti, e che lo stato di ciò che risulta dalla medesima è condizionale e subordinato all'eventualità d'una risoluzione per effetto dell'arresto di cassazione, al

I. — Gli ascendenti, come si è notato, si reputano sempre agire per lodevoli motivi, quand'anco non opponessero alcun impedimento legale al matrimonio, ed il loro unico scopo fosse d'impedire che questo avesse luogo costringendo i futuri sposi a deporre l'idea per pensare alla pubblicità da cui non si disgiugne mai un giudizio di rimozione d'opposizione; ond'è che egli non possono giammai esser condannati ai danni-interessi. Per la medesima ragione, e quantunque l'articolo non ne parli, non potrebbero esser condannati a tutte le spese del giudizio; ma siccome il figlio aveva il diritto di chiedere la rimozione dell'opposizione, così le spese potranno esser compensate tra lui e gli opposenti in conformità dell'art. 131 [222] Cod. di procedura.

Rispetto agli opposenti che non hanno la qualità d'ascendenti, allorchè la loro opposizione è rigettata, il tribunale dee esaminare i motivi pe' quali l'hanno prodotta, e potrà, secondo i casi, condannarli a tutte le spese, ed anche ai danni-interessi. Se le loro intenzioni però fossero giuste e lodevoli, non potrebbero condannarsi ai danni-interessi, ed inoltre, essendo fratelli e sorelle, sosterranno soltanto una parte delle spese (Cod. di proc. suddetto art. 131 [222]).

CAPITOLO IV.

DELLE DOMANDE PER NULLITÀ DI MATRIMONIO (1).

OSSEVAZIONI PRELIMINARI.

SOMMARIO.

I. Differenza tra l'atto propriamente nullo o non esistente, e l'atto nullo impugnato ed annullato.

contrario tutti e tre confermano questo principio nel modo più positivo.

(1) All'epigrafe del codice francese — *Delle domande per nullità di matrimonio* — il nostro legislatore sostituì quella — *Delle domande per impugnare il contratto di matrimonio, quanto agli effetti civili*. — Avendo egli antecedentemente stabilito che il matrimonio appo non doveva essere non pur un contratto civile, che un sacramento, non poteva punto discorrere, come il legislatore francese, di nullità di matrimonio, sendo questa tutta materia ecclesiastica, ma doveva, come in effetti fece, parlare soltanto degli effetti civili. Quindi quel corollario dell'articolo 150 venne a dettare l'articolo 199, che è tutto nuovo nelle nostre leggi civili, in cui sanzionò che — « Il matrimonio » nio che nel regno delle Due Sicilie non sarà celebrato in faccia della Chiesa colle forme prescritte dal Concilio di Trento, non produce gli effetti civili né riguardo ai coniugi, né riguardo ai loro figli.

» Non gli produce egualmente se sarà celebrato in faccia della Chiesa, senza che sien preceduti » gli atti necessari che si enunciano dall'articolo » 68 all'art. 81. I giudici competenti degli effetti » civili sono i tribunali ordinari ».

Laonde di due requisiti abbisogna il matrimo-

- II. Per esistere un matrimonio quali condizioni si richiedono. — L'unico contratto da un interdetto per demenza, quando esso avesse avuto luogo durante un lucido intervallo, non costituisce matrimonio. Diffiniti errori di Duranton, di Zachariae e Demolombe.
- III. Il presente capitolo tratta della solità semplice del matrimonio, e non di "casi d'incoscienza di si fatto contratto. Confusione della maggior parte degli autori.
- IV. La solità del matrimonio non è relativa ed assoluta.

I. — La si è cosa interessantissima e nel tempo stesso molto facile, il marcare la differenza che intercede tra un atto nullo, ed un atto semplicemente annullabile, differenza che nella spiegazione del presente capitolo del codice, e le scuole e la più parte degli scrittori sogliono confondere.

L'atto nullo è quello che non esiste, la cui esistenza è un'apparenza senza realtà: tale è, ad esempio, il preteso matrimonio che un pazzo sembra contrarre; tale è pure l'innone che innanzi all'uffiziale dello stato civile sembrano contrarre due donne, di cui l'una asserisce d'esser uomo. In sì fatte ipotesi il matrimonio è nullo nel senso proprio, rigoroso e filosofico di tal parola. *Nullum est matrimonium, NON ESISTE MATRIMONIO.*

L'atto annullabile, per l'opposto, è quello che veramente ha avuto luogo, che realmente esiste, ma che è affetto da un vizio, la mercè del quale la legge permette di farlo distruggere, cassare, annullare: tale è il matrimonio contratto da un giovine di ventiquattro anni senza il consenso di suo padre.

Questa essenziale differenza tra la natura dei due su mentovati atti, di cui l'uno è annullabile mentre l'altro mica non esiste trae seco, come è facile a comprendersi, differenze egualmente essenziali per le teorie giuridiche, cui l'uno e l'altro danno luogo.

L'atto nullo essendo quello che non esiste, non può, per conseguenza, giammai darglisi vita, confermarlo per qualsivisia causa posteriore; imperocchè il niente non è suscettivo nè di miglioramento, nè di modificazione: *Nihili nullae sunt proprietates; quod nullum est, nullum produci effectum; quod nullum est, confirmari nequit.* Quando un matrimonio è nullo, non esistente, non può essor ratificato; è possibile soltanto darglisi vita, darglisi esistenza. Quando un matrimonio è nullo, non ho bisogno d'impugnarlo affinché non mi nuoccia; e non solo non ho duopo d'impugnarlo, di farlo annullare, ma mancami altresì il potere. In fatti, come mai si può annullare ciò che è nullo; come si può annichilare il niente! ... Certamente (e questo senza dubbio è quel che ha

ingannato i comentatori) quando io voglio impedire le conseguenze, a me pregiudicievole, che si vogliono far produrre da un atto nullo, è mestieri che mi diriga al potere giudiziario, il solo che in ogni società civile dee decidere le controversie che possono insorgere tra i cittadini. Tra me, che pretendo che il matrimonio od un altro atto qualunque non esista, ed il mio avversario che lo sostiene esistente e valido, è uopo alcetto che intervenga l'autorità competente per giudicare chi di noi due si abbia ragione. Io però non chiedo cortamente al tribunale di cassare, d'annullare il matrimonio o l'atto di cui è questione; ma sì bene chieggogli di riconoscere soltanto e dichiarare che tale atto non esisteva e non ha giammai esistito.

Per l'opposto, è suscettivo di ratificazione, di rettificazione l'atto nullo nel senso improprio del vocabolo, vale a dire allorchè ha un'esistenza reale ma viziosa. Oltracciò, un tale atto, perchè esiste, continuerà pure ad esistere finchè non sarà cassato; d'onde segue esser necessario di chiederne l'annullamento, d'intentare un'azione di nullità. Or, potendosi esercitare una similgiante azione contro l'atto annullabile, bisognerà che la legge ne stabilisca le norme, dica in quali casi e per quali motivi potrà intentarsi; da chi, in qual termine ed a quali condizioni si potrà ciò praticare.

E però sarà inammissibile l'azione, che tende ad annullare un atto vizioso, intentata per tutt'altra causa, scorso il termine prescritto, da altre persone che da quelle indicate dalla legge.

Al contrario, siccome non si può piangere se non su ciò che esiste, così io rigorosamente non potrò intentare un'azione contro di un atto nullo; ma senza tema alcuna attenderò che mi si notifici, ed a qualunque epoca ciò avverrà, risponderò semplicemente che esso non esiste, ed adirò i tribunali per far constatare la verità della mia affermazione.

N. B. — Oltre gli atti nulli ed annullabili, si distinguono pure gli atti rescisibili, distinzione che nella presente materia non ha alcuna importanza. In fatti l'atto rescisibile si confonde con l'atto annullabile quanto ai suoi effetti, e la loro differenza consiste semplicemente nella causa che li rende tali, vale a dire che l'annullamento proviene da un difetto intrinseco all'atto o che lo vizia nella sua medesima essenza, non-

nolo presso noi per dirsi legale e capace a produrre gli effetti civili — della solenne promessa, cioè, innanzi all'uffiziale dello stato civile prestata con le formalità enunciate dall'art. 68 all'81, e della celebrazione in faccia alla Chiesa secondo le for-

me dettate dal sinodo tridentino. Vedi la nota (2) pag. 297, ove fu per ao discorso delle formalità che il Concilio di Trento richiede per la celebrazione del matrimonio. Vedi anche la nota (1) pag. 265. (Nota del Traduttore).

tre la rescissione risulta da una circostanza esterna, quale sarebbe la vilta del prezzo nel caso di vendita (art. 1674 [1520] (1)). In questi due casi però, lo ripetiamo, gli effetti sono identici, e la sarebbe inutil cosa il volerli trattenere su questa differenza di vocaboli. Ma è tutt'altro della distinzione, troppo poco espressa da' vocaboli, tra la nullità rigorosa e la nullità imperfetta; e noi, per non uscir fuori de' limiti della materia che trattiamo, diciamo soltanto, che bisogna evitare con tutta cura di confondere un matrimonio non esistente con quello semplicemente nullo.

II. — Or, tra le condizioni richieste pel matrimonio, quali sono esclusivamente necessarie per la sua validità, e quali sono essenziali alla sua propria esistenza, alla effettuazione del contratto? La legge non dà a sì fatta questione alcuna risposta testuale, la quale però risulta sufficientemente sì dalla medesima natura delle cose, come dall'insieme della nostra legislazione.

Tre condizioni sono essenziali all'esistenza del matrimonio: 1.° la capacità nelle due parti d'essere marito e moglie, vale a dire la differenza di sesso; 2.° il loro consenso di prendersi reciprocamente per isposi; 3.° la dichiarazione solenne di questo consenso avanti un ufficiale dello stato civile.

Ed innanzi tratto, quanto alla differenza del sesso, egli è evidente che non vi sarebbe matrimonio se due uomini di cui l'uno si fingesse donna, ovvero se due donne di cui l'una passasse per uomo, dichiarassero innanzi l'uffiziale dello stato civile, con tutte le formalità prescritte, che egli si prendono per isposi.

La terza ed ultima condizione, da noi testè indicata, è del pari evidente quanto la prima. Gli uffiziali dello stato civile son rappresentanti della società, i delegati dello Stato, per ricevere i contratti di matrimonio. Dunque le unioni fatte senza l'intervento di uno di tali uffiziali, non potrebbero costituire un matrimonio ad onta che avessero avuto luogo alla presenza di cento testimoni e del ministro del culto cui le parti sono sottoposte. L'unione effettuata di soppiatto della società civile non esiste agli occhi di questa stessa società. Se il matrimonio dipendesse dalle semplici regole del diritto delle genti, e rimanesse un contratto puramente naturale, per formarlo sarebbe suffi-

ciente il solo consenso, e per istabilirlo ogni mezzo di prova sarebbe acconcio; ma siccome l'uomo vive in una società civile, e la legge ha annoverato il matrimonio tra i contratti civili, egli è chiaro che un tal contratto non si potrebbe effettuare senza il concorso de' funzionari che si fatta legge ha istituiti *ad hoc*, e non si potrebbe dimostrarlo se non con gli speciali mezzi offerti da questa medesima legge. Del resto, non è necessario, per l'esistenza del matrimonio, che l'uffiziale che lo celebra sia precisamente quello innanzi al quale tassativamente doveva aver luogo. Purché sia uno degli uffiziali dello stato civile, non può dirsi che l'unione si sia fatta di nascosto della società civile, e perciò il matrimonio sussiste, il contratto civile si è effettuato; ma, siccome irregolarmente gli si è data esistenza, così l'incompetenza dell'uffiziale che lo ha celebrato potrà esser soltanto un ostacolo alla sua validità. In questa ipotesi quindi il matrimonio può esser annullabile; ma fino a che non si annulli, esso esiste.

La seconda condizione (che sarà per noi trattata in ultimo luogo, perchè dobbiamo più prolissamente esaminarla) offre minore difficoltà di quella di cui abbiamo testè favellato. Il matrimonio è un contratto; or un contratto si costituisce precisamente mediante l'accordo delle volontà, il volere conforme, il consenso delle parti; dunque allorchè manca il consenso, è impossibile esservi matrimonio. Ciò è elementare, e tornerebbe meraviglioso veder la legge presentarci espressamente un articolo (146 [153]) per stabilire una simile regola, se l'idea del legislatore non avesse attribuito all'anzidetto articolo un senso più largo di quello che sembra avere sulle prime. Ed in vero l'art. 146 [153] non intende parlare soltanto del consenso di fatto, naturale, ma eziandio del consenso legale, civile, il quale può mancare in casi in cui esiste quello naturale. Per esempio, il morto civilmente ha senza dubbio la sua volontà, e realmente e naturalmente egli è all'intutto capace ad acconsentire. Ma civilmente è morto, e perciò il suo preteso matrimonio sarebbe colpito dalla disposizione dell'art. 146 [153]; sarebbe un'apparenza senza realtà legale, un atto materiale senza valore giuridico per mancanza di consenso, e non sarebbe neppur mestieri di farlo annullare (2). Similmente, l'interdetto per

(1) Secondo l'articolo 1674 del codice francese il venditore allora ha il diritto di chiedere la rescissione del contratto, quando è stato luso oltre i sette duodecimi nel prezzo. Per l'articolo poi 1520 delle nostre leggi civili allora può chiedersi la rescissione del contratto dal venditore, quando è stato luso oltre la metà. (Nota del Traduttore).

(2) Per nostro dritto non esiste morte civile. L'ergastolano, che molto somiglia al morto civile francese, può contrarre matrimonio, quantunque solo ecclesiasticamente, senza che produca effetti civili. Vedi la nota (3) pag. 267. (Nota del traduttore).

demenza può avere de' lucidi intervalli duraturi i quali goda d'una piena ragione, d'una compiuta capacità ad acconsentire. Intanto l'unione da lui formata durante uno di tali intervalli sarebbe sempre priva del carattere di matrimonio, perchè se da una parte avvi consenso naturale, mancavi dall'altra il consenso civile di cui intende parlare l'art. 146 [153] (1).

Su quest'ultimo punto però regna la più grande discrepanza. Tutti i giureconsulti riconoscono al pari di noi la inesistenza del matrimonio d'un morto civilmente, ma tutti non ammettono quella del matrimonio che un interdetto contrasse in un lucido intervallo. Si fatta differente estimazione disimili matrimoni trae origine dalla mancanza d'armonia nell'insieme delle regole fermate dalla legge rispetto alla interdizione. In fatti mentre la nullità radicale, dalla quale è viziato il matrimonio del morto civilmente, colpisce tutti gli atti che volesse consentire, eccetto quelli relativi alla sua esistenza naturale (Veg. la spiegazione dell'articolo 25 (2)); per l'opposto, quanto all'interdetto, questa medesima nullità la quale, almeno secondo noi, egualmente vizia l'unione che egli forma in un lucido intervallo, non ha poi alcuna forza per gli altri atti che volesse mandar ad effetto: questi atti, invece d'esser propriamente nulli, sono annullabili, giusta la prova offertaci dall'art. 1304 [1258], il quale, per questo caso come pure per tutti quelli di violenza, d'errore, di dolo o di minorità, statuisce un'azione di nullità che dura dieci anni. Il non esser nulli gli atti ordinari fatti da un interdetto per demenza, induce molti scrittori a non riconoscere la inesistenza del suo matrimonio, intorno alla cui validità sono egliino del tutto tra loro discordi. Duranton (II, n° 27-33) lo crede semplicemente annullabile, come tutti gli altri atti che l'interdetto potesse fare, giusta la regola risultante dalla combinazione degli art. 502 e 1304 [425 e 1258]; Zachariae (III, p. 283) lo dichiara interamente valido, a condizione però che elasi contratto col consenso degli ascendenti o, in mancanza di costoro, del consiglio di famiglia; da ultimo Demolombe (III-127) ed un arresto (3) lo riconoscono per valido assolutamente e senza esservi uopo del concorso di alcuna persona.

Senza dubbio la prima opinione è inammissibile; e bisogna scegliere tra la inesistenza alla quale noi ci atteniamo, e la vali-

dità intera che adottano Zachariae e Demolombe. Si vedrà in fatti dall'insieme del presente capitolo, e massime al n° V dell'articolo 180 (4), che il sistema di nullità degli atti ordinari non è punto applicabile al matrimonio, il quale ha il suo sistema speciale, e che nella nostra ipotesi possono soltanto invocarsi le cause di nullità di cui favellasi in questo capitolo; or, tra tutti gli articoli che esso comprende, non avviene alcuno che parli della nullità per interdizione; quindi il matrimonio dell'interdetto è o pienamente valido o inesistente.

Ma, quale di queste due idee è quella della legge?... Innanzi tutto diciamo che ammettendo la validità, si dovrà escludere la condizione, richiesta da Zachariae, del consenso degli ascendenti o della famiglia. Se il matrimonio contratto in un lucido intervallo da un interdetto per demenza è valido, dev'esserlo senza alcuna condizione; imperocchè giusta il codice, il maggiore di età non ha uopo del consenso di chicchessia per maritarsi.

Zachariae poggia la sua strana opinione sull'art. 509 [432], il quale dice che l'interdetto è parificato al minore per ciò che riguarda la sua persona ed i suoi beni; ma in sì fatto modo si travolge il senso di quell'articolo, in vece d'applicarlo all'ipotesi di cui è parola.—Ed in vero avvi due specie di minorità, l'una dall'altra distintissime: la minorità ordinaria, e quella di matrimonio. La prima ha sempre termine a ventun anno; l'altra dura qualche volta fino ai venticinque. Queste due minorità, abbenchè affettassero simultaneamente un individuo, il che avviene tutte le volte che questi non ha oltrepassata l'età di ventun anno, ciò non pertanto non si confondono mai; poichè colui che è sottoposto a tutela ed ha ancora una bisavola, come minore ordinario dipende dal suo consiglio di famiglia, e come minore di matrimonio dalla bisavola. Or l'interdetto dall'art. 509 [432] è assimilato al minore ordinario, del quale la legge ha trattato nel titolo della Minorità e della Tutela, per indi dar luogo nel titolo della Maggiore e della Interdizione ad altre idee analoghe. Ciò è a sufficienza dimostrato dalla seconda proposizione del suddetto art. 509 [432], la quale, per vie più render chiara la prima idea, aggiunge: « Le leggi sopra la tutela de' minori saranno applicabili alla tutela dell'interdetto. » Olttracciò, l'assimilazione dell'interdetto al minore ordinario

(1) Vedi la nota (4) pag. 281. (Nota del traduttore).

(2) Soppresso nelle nostre leggi civili. Vedi la nota (4) pag. 93. (Nota del traduttore).

(3) Rigetto su d'una decisione di Caen, 12 novembre 1844. Devilleneuve, 45, I, 246.

(4) Soppresso nelle nostre leggi civili. (Nota del traduttore).

non è per nulla perfetta; essendochè il minore, fintantochè vivono ambo i suoi genitori, non è giammai sottoposto a tutela o consiglio di famiglia; mentre l'interdetto ha un consiglio di famiglia ed un tutore da cui dipende, sì nel caso nel quale vivano i suoi genitori, come in quello in cui costoro sieno entrambi usciti di vita. Se, giusta quel che ragionevolmente dice Zachariae, non esiste alcun rapporto tra le nullità di matrimonio e la regola degli art. 502 e 1304 [425 c 1258], egli è evidente che non avviene eziandio tra i consensi al matrimonio e la regola dell'art. 509 [432]. — L'inesattezza della dottrina di Zachariae è anche dimostrata dalla disposizione dell'art. 175 [184]; di fatti, come abbiamo veduto, questo articolo è soltanto applicabile al caso d'un futuro sposo che può contrarre matrimonio senza il consenso degli ascendenti o della famiglia, e che nondimeno dipende da un consiglio di famiglia. Or, senza dubbio, una tale ipotesi è quella d'un maggiore interdetto, e certo essa non sussisterebbe, ed una parte dell'art. 175 [184] rimarrebbe inapplicabile, se l'art. 509 [432] s'interpretasse secondo l'opinione di Zachariae.

Dunque, o il matrimonio contratto dall'interdetto, in un lucido intervallo, è valido senza il concorso di chichessa, come lo pretende Demolombe; o è inesistente, per mancanza di consenso legale, invocandosi l'art. 146 [153].

Bisogna attenersi a quest'ultima idea perchè vera; in fatti l'art. 146 [153] precisamente in tal senso fu compilato, come a sufficienza ce ne offre la prova la storia della sua redazione.

Nella prima seduta del consiglio di Stato intorno a questo titolo, si propose un articolo che dichiarava *incapaci* di contrarre matrimonio, ponendoli tutti in una medesima classe: 1° l'interdetto per demenza o furore; 2° i sordi-muti, cui riuscisse impossibile di manifestare la loro volontà; 3° l'individuo colpito di morte civile. Un tale articolo, dopo breve discussione, fu rigettato, perchè il console Cambacérès fece riflettere che lo sue disposizioni non erano che *conseguenze naturali della regola generale che richiede il consenso* (Fenet, t. IX, p. 8 e 12).

Non si poneva quindi in dubbio che il morto civilmente, il sordo-muto incapace d'esprimere la propria volontà, l'interdetto non potevano contrarre matrimonio in forza dell'art. 146 [153], il quale, giusta il pensiero de' redattori, intendeva parlare non pure del consenso legale, civile, ma eziandio del consenso naturale. Era tale e tanta la persuasio-

(1) Articoli soppressi nelle nostre leggi civili. (Nota del traduttore).

ne che questo e non altro intendessi significare dall'articolo, che in seguito il Tribunale, allorchè ufficialmente gliene fu data comunicazione, notò che il testo troppo laconico dell'articolo richiedeva un'aggiunzione, la quale, per meglio esprimere la regola, dichiarasse che l'*interdetto per demenza fosse relativamente al matrimonio incapace di prestar consenso, quantunque godesse de' lucidi intervalli*. In conseguenza propose d'aggiungere questo secondo comma: « L'interdetto per demenza non può contrarre matrimonio. » Come si scorge, l'aggiunzione proposta dal Tribunale era precisamente concepita negli stessi termini dell'articolo discusso nella prima seduta del Consiglio, e come quello non fu parimente ammessa. Si noti però, che siccome il Consiglio l'aveva rigettata non pel motivo che esso negava d'ammetterne il pensiero, ma al contrario perchè questo pensiero era ai suoi occhi una conseguenza, inutile ad esprimersi, della regola generale, così torna incontrastabile che l'art. 146 [153] fu inserito nel Codice per applicarsi non solo al consenso legale, di cui il morto civilmente e l'interdetto per demenza sono incapaci, ma anche al consenso naturale del quale costoro possono essere suscettivi. È evidente che in seguito il legislatore, negli art. 1125 e 1304 [1079 e 1258] abbia stabilito, secondo un altro principio, gli effetti dell'interdizione giudiziaria relativamente agli atti ordinari ed alle obbligazioni pecuniarie; ma ciò non impedisce, come dicevasi dal Tribunale, d'esser nell'interdetto assoluta l'incapacità legale di consentire; il che non riesce maraviglioso, poichè, come precedentemente lo abbiamo indicato, il sistema delle nullità del matrimonio, sposto negli articoli 180 a 193 (1), è interamente speciale e fondato sopra motivi affatto diversi di quelli del sistema stabilito per gli atti ordinari, e del quale trattasi al titolo delle *Obbligazioni*, primieramente negli art. 1109 a 1125 (1063 a 1079) e poscia negli art. 1304 a 1314 [1258 a 1268].

Del rimanente, tutto ciò che finora abbiamo detto riguarda il matrimonio contratto da un interdetto giudiziario in un lucido intervallo. Ed in vero, 1° se la dichiarazione di matrimonio seguisse durante la demenza, la sua inesistenza non sarebbe dubbia, poichè avrebbe egualmente luogo quand'anco non si fosse pronunziata la interdizione; 2° la interdizione legale, fermata dal diritto penale ne' vari casi di cui si è fatta parola, siccome da una parte essa toglie l'esercizio di ogni diritto civile, perciò costituisce un impedimento alla celebrazione del matrimonio (2);

(2) Vedi la fine della nota (4) pag. 271. (Nota del traduttore).

ma dall'altra, siccome nell'art. 146 [153] non si è annoverata tra le cause d'inesistenza del matrimonio, e nel capitolo IV non si è indicata come causa di nullità, ne segue che essa è semplicemente un impedimento proibitivo.

La dottrina di Demolombe e l'arresto del 1814 sono dunque contrari alla legge, come quella professata da Zachariae e Duranton; e l'irrefragabile pensiero della legge è quello al quale noi ci siamo attenuti e che dopo di noi è stato insegnato da Valette nelle sue note sopra Proudhon (I, p. 437), e da Pont nella sua dotta critica della giurisprudenza (Rev. di legislaz., t. 3 del 1845, pag. 239-263).

III. — Per conseguente, l'unione contratta da due individui non costituisce matrimonio allorché non vi concorrono le tre seguenti condizioni: *differenza di sesso nelle parti; consenso naturale e legale delle medesime; celebrazione innanzi un ufficiale dello stato civile*. La mancanza di ogni qualsivisia altra condizione, lascia sussistere il matrimonio, e può soltanto renderlo suscettivo di nullità.

Or, se non era necessario d'indicare con speciali disposizioni le cause d'inesistenza del matrimonio, era per l'opposto indispensabile specificare le cause di semplice nullità, attesoché queste dipendevano dalla volontà, e diremmo meglio quasi dal capriccio del legislatore, il quale, per esempio, in vece di sanzionare la nullità del matrimonio degli impuberi, avrebbe potuto dichiararlo pure valido, e condannare i parenti e l'uffiziale pubblico alla prigionia o ad un'amenda; avrebbe potuto del pari fermare la pubertà ad un'età maggiore o minore di quella che egli ha fissata. Similmente, in vece di dire che il non ottenuto *consenso* da minori sarebbe una causa di nullità, ed il non richiesto *consiglio* de' maggiori costituirebbe una semplice contravvenzione punibile con un'amenda, avrebbe potuto stabilire che questa seconda circostanza produrrebbe l'annullamento come la prima, ovvero che la prima darebbe luogo soltanto ad un'amenda maggiore.

Inoltre, se per il caso d'inesistenza del matrimonio non eravi mestieri tentare alcuna azione, è chiaro che sarebbe stato tutt'altro nel caso di semplice nullità e quando trattavasi d'un matrimonio che sussisteva e che poteva solamente essere sciolto. Per ciascuna causa di nullità in particolare era uopo dire se, ed in qual modo potevasi rimuovere; se vi esistevano mezzi di ratificazione, e quali essi erano; da chi ed in qual termine poteva esser promossa l'azione, ec. In breve, se non

(1) Soprattutto Delvincourt, Vazeille (I-245), Toullier (I-601), Duranton (II-263.)

Marcadé T. I.

cravi nulla a dirsi pel caso d'inesistenza del contratto, essendoché niuno può esser molestato a causa di ciò che non esiste, bisognava per l'opposto tutto dire, tutto fermare per la ipotesi d'atti annullabili; era necessario scrivere la intera teoria delle nullità. E questo precisamente si pratica dal Codice, relativamente al matrimonio, ne' primi quattordici articoli del nostro titolo, ed altrettanto ha fatto pure per gli altri contratti negli art. 1109 a 1125, e 1304 a 1314 [1063 a 1079, e 1258 a 1268]. Possiamo però anticipatamente dire, salvo a darne in seguito la prova, che la legge nel titolo delle *Obbligazioni* non si occupa de' contratti rigorosamente nulli, come qui non parla della nullità, propriamente detta, de' matrimoni; il suo speciale obbietto sono gli atti realmente esistenti, ma non validi. Gli art. 1109 [1063] e seguenti sono allogati sotto la rubrica delle *Condizioni essenziali per la validità delle convenzioni*, e gli art. 1304 [1258] e seguenti sotto quella *De' modi con cui si estinguono le obbligazioni*; or non si estingue, non si distrugge quel che non esiste.

Per non uscire fuori i limiti della materia, che al presente trattiamo, il nostro capitolo IV non doveva parlare, come in realtà non parla, se non de' soli matrimoni annullabili. Inutilmente si cercherebbe, ne' quattordici articoli testè notati, un sol caso d'unione che non costituisca matrimonio; per esempio, il caso in cui non si presti consenso; l'unione formata da un morto civilmente o da un demente; la celebrazione fattasi da individuo privo della qualità d'uffiziale pubblico, ec.

Ciò premesso, è egli dunque strano, anzi spiacevole, scernere che la maggior parte degli scrittori confonda il matrimonio non esistente con quello annullabile; che non faccia alcuna distinzione tra la mancanza ed i vizi di consenso, e ci offra per teorica un miscuglio d'idee incoerenti, dalle quali logicamente nulla si può apprendere (1). E però, affin di cansare un simile risultato e rendere chiare le gravi questioni, cui darà luogo l'art. 180 (2), abbiamo creduto acconcio premettere queste osservazioni preliminari.

Per altro dobbiamo far notare che non rinvengonsi in alcun luogo del Codice le parole *annullamento, annullabile*, che noi si frequentemente adoperiamo come quelle che indicano con esattezza le idee che vogliamo esprimere; la legge usa sempre i vocaboli *nulla* e *nullità*. Ella per verità può senza tema far ciò e senza confondere le due nullità, poichè non discorre giammai della nullità propriamente detta. Non si dimentichi quindi, che

(2) Soppresso nelle nostre leggi civili. (Nota del traduttore).

in generale, nel Codice, le parole *nullo e nullità* significhino *annullabile, annullamento, annullabilità*.... Siamo contenti di veder finalmente adottata ne' trattati di diritto (Demolombe, III, n° 239-241) questa sì essenziale distinzione tra il matrimonio nullo e quello annullabile.

IV. — Da ultimo dobbiamo notare la differenza, generalmente ricevuta, e logica nel tempo stesso, tra le nullità *assolute* e le nullità *relative*.

Chiamasi nullità assoluta quella che è fondata sopra un motivo d'ordine pubblico, e che per sì fatta ragione può promuoversi da tutti coloro che vi hanno un interesse, sia morale, sia pecuniario, come puro dal ministero pubblico, legale rappresentante della società (art. 184 e 191 (1)). Intendesi al contrario per nullità relativa quella la cui azione è attribuita esclusivamente ad alcune determinate persone, perchè gravemente lede soltanto l'interesse particolare di costoro (art. 180, 182 (2)).

180 (5). — Il matrimonio contratto senza il libero consenso de' due sposi, o di uno di essi, non può essere impugnato che dagli sposi, o da quello fra essi il cui consenso non è stato libero.

Quando vi fu errore nella persona, il matrimonio non può essere impugnato che dallo sposo indotto in errore.

SOMMARIO.

- I. Il primo comma non riguarda le mancanze di consenso, ma in vece la mancanza di libertà nel consenso.
- II. In qual caso la mancanza di libertà può far annullare il matrimonio?
- III. Il secondo comma prevede l'errore sulle qualità principali della persona, e non già l'errore nella persona.
- IV. Contrattano tutti: alla medesima idea.
- V. La legge lascia ai tribunali la cura d'estimare, a seconda de' casi, se l'errore sulle qualità sia abbastanza grave per motivare l'annullamento. Esempio di nullità per il fatto matto: rifiuto d'una sposa a procedere alla celebrazione ecclesiastica.
- VI. Il dolo non si annovera tra le cause di nullità del matrimonio. — Tratta generale del dolo. — Paragona tra il sistema d'annullamento del matrimonio e quello degli atti ordinari.

(1) Articoli soppressi nelle nostre leggi civili, per le ragioni che quindi a poco diremo. (Nota del traduttore).

(2) Articoli anche soppressi nelle nostre leggi civili. (Nota del traduttore).

(3) Avendo il nostro legislatore nell'articolo 150 sanzionato che — la legge limita le sue disposizioni, riguarda al matrimonio, agli effetti civili e politici —; e nell'articolo 155 che — non può contrarsi un secondo matrimonio, SE NON SIA DISCiolto IL PRIMO DALL'AUTORITÀ ECCLESIASTICA —, doveva per necessità, come fece, non discorrere di nullità di matrimonio, ma soltanto dei suoi effetti civili. Quindi gli articoli 180 a 202 formanti il capo IV del titolo II del codice napoleonico, che ha per epigrafe — delle domande per

VII. L'elenco di nullità nella presente materia è rigorosamente personale e non si può trasmettere agli eredi, quantunque lo sposo morisse dopo aver adito la istanza. Dimostrazione per Duranton, Zeibach e Demolombe.

I. — La più parte degli scrittori, segnatamente Toullier (I-501 e 504) e Duranton (II-263 e 269), insegnano che il primo comma di quest'articolo prevede non solo il caso in cui manca la libertà nel consentire, ma quello eziandio nel quale non esiste il consenso; dicono che l'articolo, nel suo insieme, non è che l'applicazione dell'art. 146 [153]: *Non vi è matrimonio, ove non vi è consenso*. Or, questo è un grave errore il quale è stato da noi già confutato nelle osservazioni preliminari, e qui inoltre riceverà tre solenni mentite dal medesimo testo degli art. 180, 181 (4). In fatti l'art. 180 dice che il matrimonio può esser impugnato non dallo sposo che non ha acconsentito, ma in vece da quello il cui consenso non è stato libero. Dippiù, l'art. 181 fissa un termine che dee cominciare a scorrere non già dal momento nel quale lo sposo ha prestato il consenso, ma da quello nel quale costui ha acquistata la sua piena libertà. Da ultimo, giusta lo stesso art. 181, il matrimonio di cui parliamo rimane confermato dopo lo scorrimento di sì fatto termine; or se egli è naturale che il silenzio abbastanza prolungato di colui che avea il diritto ad agire renda inoppugnabile un matrimonio vizioso e che dal primo istante potessi far annullare, egli è poi impossibile che questo medesimo silenzio produca un matrimonio là dove non eravene alcuno. Nel nostro articolo adunque non si tratta della mancanza del consenso, ma de' vizi di questo, il che sarà vie meglio dimostrato dalle circostanze storiche che esporremo in seguito al n° IV.

La legge quindi si occupa qui del consenso esistente, il quale si è prestato senza sufficiente libertà, e non della inesistenza del consenso.

Così, un giovine di ventun anno, privo d'ascendenti, si lascia sedurre da un'astuta

nullità di matrimonio — furono tutti soppressi nelle nostre leggi civili, tranne i soli tre articoli 497, 201 e 202, che riformati vennero a formare il capitolo IV delle nostre leggi, la cui epigrafe fu — delle domande per impugnare il contratto di matrimonio quanto agli effetti civili. — Vedi la nota (3) pag. 268, la nota (1) pag. 285, e la nota (2) pag. 297, ove fu per noi discorso degli impedimenti canonici e di ciò che è mestieri onde un matrimonio possa dirsi canonicamente valido secondo le norme del concilio di Trento. Molte cose poi che l'autore dice spicgando il presente articolo 180, possono essere utili anche per noi, sendo quest'articolo lo sviluppo dell'articolo 147 che risponde al nostro articolo 155. (Nota del trad.)

(4) Vedi la nota precedente. (Nota del trad.)

sgualdrina, la quale, volendo trarre profitto dalla passione che di lei lo ha preso, propone, per soddisfar le voglie di questo pazzo, una condizione, cioè che ella deesi porre a parte delle di lui ricchezze, unendosi in matrimonio seco lei. Il giovine, cui la passione ha tolto l'uso della ragione, vi acconsente. In questa ipotesi, avvi, è vero, consenso, ma non si è prestato con piena libertà... Similmente, un padre vuol dare in isposo a sua figlia un individuo, al quale costei ripugna d'unirsi; il suo rifiuto la sottopone a maltrattamenti. Poscia le si annunzia che tutto è pronto, le si dichiara che se ardisce dir no innanzi all'uffiziale dello stato civile, le son riserbati assai più duri maltrattamenti: in questo modo la giovinetta annuisce al matrimonio e solennemente pronunzia il sì. Or in quest'altra ipotesi vi ha pure consenso. La giovinetta ha paragonato il suo matrimonio con l'individuo proposto ed i maltrattamenti che si aspettava da suo padre, e tra due mali ha scelto il minore. Ma scegliere vale preferire, volere, consentire: *qui mavult, vult; coacta voluntas, voluntas est*. Avvi dunque consenso, ed il contratto ha avuto luogo; soltanto il consenso non è stato libero.

II. — Or in quali casi la mancanza di libertà sarà tale da far pronunziare la nullità del matrimonio? Sono qui applicabili le regole de' contratti ordinari?

Ne' contratti ordinari, la mancanza di libertà del consenso non permette l'annullamento, eccetto quando procede da violenza, giusta l'art. 1109 [1063]. Ha qui luogo altrettanto? No; i veri principii di morale e d'ordine pubblico, e le stesse espressioni della legge richiedono che si ammetta la nullità (benchè non vi fosse stata violenza), quando è irrefragabile che lo sposo non era interamente libero e che era predominato da idee che la ragione vitupera.

Così, allorchè il giovine del quale abbiamo parlato nel numero precedente chiederà d'uscire dall'abisso in cui lo ha gittato la sua inesperienza, la legge forse lo costringerà a rimanervi pel solo motivo che non vi sia stata violenza? Vieterebbesi in questo caso ai tribunali di pronunziare, secondo le congiunture, di non esservi stata sufficiente libertà e di doversi sciogliere il matrimonio? No senza dubbio. La morale non può sanzionare un'unione come quella di cui favelliamo. La stessa società ha interesse che si annulli quel matrimonio, poichè se fosse mantenuto, quel giovine, in vece di dare allo Stato

figli legittimi, sarebbe costretto di serbare un perpetuo celibato, o di procreare figli adulterini la mercè d'un vituperevole commercio con altra donna (1).

Nell'antico diritto, la seduzione, relativamente al matrimonio, era assimilata alla violenza (Pothier, *Contratto di matrimonio*, n° 315 e 320). Il Codice riproduce senza dubbio i medesimi principii, poichè in vece di restringere la nullità del matrimonio nel solo caso di violenza, come chiaramente dispone l'art. 1109 [1063] pe' contratti ordinari, esso la permette nel nostro articolo, purchè il consenso non sia stato libero. E si fatta differenza tra l'art. 180 (2) e 1109 [1063] non dipende da oscitanza del legislatore; perocchè essa è confermata negli art. 181 e 1304 [1258], l'ultimo de' quali prescrive che il termine dell'azione comincerà a decorrere dal dì in cui la violenza è cessata, mentre il primo lo fa decorrere dal giorno nel quale lo sposo ha acquistata la sua piena libertà.

Del resto, e tutti ne convengono, il principio sancito dal Codice, relativamente all'annullamento del matrimonio, dovrà con la massima prudenza applicarsi da' tribunali, i quali non ne pronunzieranno la nullità se non quando questa incontestabilmente risulta dalle seguenti circostanze: 1° che i coniugi realmente non sono stati liberi, e 2° che siasi ottenuto l'intento con mezzi immorali e tali che non possano essere approvati dalla legge.

III. — Il secondo comma del nostro articolo c'indica quale altra causa di nullità del matrimonio, l'errore nella persona. E siccome l'errore di sposare un individuo credendolo un altro sarebbe un caso di mancanza di consenso e perciò d'inesistenza del matrimonio, mentre ne' nostri articoli trattasi soltanto de' matrimoni esistenti ed annullabili, ne segue che qui non parlasi dell'errore sull'identità della persona, ma in vece di quello che mi ha fatto credere che l'individuo era dotato di tali qualità di cui ne era realmente privo.

Si fatta verità non è stata avvertita dalla maggior parte degli'interpreti del Codice: noi stimiamo necessario qui notarla, e per meglio farla comprendere, ci è uopo primieramente gittare uno sguardo sull'antico diritto; esaminare in seguito se l'antico sistema era logico, morale nelle sue conseguenze; e da ultimo se il nostro Codice lo riproduce.

L'antica giurisprudenza, relativamente alle francese ha la sua forza, sendo in quella nazione il matrimonio meramente considerato come contratto civile. Vedi la nota (1) pag. 265 e la precedente. (Nota del traduttore).

(2) Vedi la nota (3) pag. 330. (Nota del trad.)

(1) La Chiesa nei caso qui immaginato dal nostro autore non iscioglie un matrimonio già contratto: per noi quindi che le cause di nullità e validità di matrimonio sono tutte ecclesiastiche non vale il suo ragionamento, ma riferito al dritto

nullità di matrimonio, non faceva alcuna distinzione tra il caso dell'errore risultante da una sostituzione di persona, e quello di mancanza di libertà nel consenso per effetto di violenza o di seduzione. Nell'un caso come nell'altro, potevasi domandare la nullità del matrimonio durante un tempo che non era determinato, e che limitavasi dai tribunali secondo le circostanze; il matrimonio però rendesi inoppugnabile quando era scorso un intervallo abbastanza lungo, tre o quattro anni per esempio (*Pothier*, n° 308 e seg. e 315 e seg.).

Risulta per altro da' vari esempi citati dagli scrittori, che all'errore per sostituzione di persone davasi un'estensione larghissima e comprendeva non pure il caso di sostituzione ad una persona che non erasi giammai veduta, ma quello eziandio nel quale un individuo ponevasi in luogo d'un altro anteriormente conosciuto dal conjugé ingannato. Per esempio, un principe voleva torre in moglie la figlia primogenita d'un altro principe vicino, erede del principato di suo padre, da lui non mai veduta; il matrimonio era nullo, se in vece della primogenita gli s'invia un'altra giovine che egli sposava reputandola quella. Del pari, il matrimonio era nullo, se un cortigiano, che voleva prendere in moglie la ricca vedova d'un appaltatore generale che egli non aveva veduta giammai, veniva a sposare in vece una parente della vedova, da costei a sè stessa maliziosamente sostituita. In breve, sempre che cravi errore risultante da una sostituzione ad una persona sconosciuta, eravi nullità, come pure nel caso in cui la futura sposa, ben cognita al suo futuro consorte, fosse stata sostituita, nel momento della celebrazione del matrimonio, da un'altra donna, adoprandosi ogni mezzo per occultare l'inganno.

L'errore intorno alle qualità della persona, salvo il caso di sostituzione, non costituiva una causa di nullità, eccetto se si fosse sposata una persona schiava che si credeva libera (*Ibid.*, n° 311).

Le cause quindi di nullità ammesse dall'antico diritto, le quali erano rimosse e rendendo valido il matrimonio, mediante il silenzio serbato durante un determinato tempo, si riduceano a tre: 1° all'errore per sostituzione di persona (sia che la persona alla quale un'altra era sostituita fosse stata o pure anteriormente conosciuta dall'altra parte); 2° alla mancanza di libertà nel consenso (proveniente o da violenza o da seduzione); 3° da ultimo, all'errore senza sostituzione, ma relativo alla libertà della persona.

Innanzi tutto però, si fatto sistema era logico, razionale ed in armonia co' principii

giuridici?... Evidentemente che no; conteneva tre idee assurde che una legislazione alquanto filosofica non potea sanzionare: 1° l'assimilazione dell'errore per sostituzione ad una persona cognita, col difetto di libertà nel consenso; 2° l'assimilazione della sostituzione ad una persona conosciuta, con la sostituzione ad una persona ignota; 3° la conferma del matrimonio pel decorrimento d'un periodo di tempo, nel caso d'errore per sostituzione ad una persona conosciuta.

1° Nulla evvi di più contraddittorio che l'assimilazione dell'errore per sostituzione ad una persona cognita, con la mancanza di libertà nel consenso. Quando in vece di Maria che io ho veduta, che conosco e che credo di sposare, mi si è presentata Giovanna innanzi l'uffiziale pubblico, così ben coverta dal suo velo che non ho potuto avvertirmi della sostituzione, egli è chiaro che non avvi consenso. Allorchè, in questa ipotesi, io dico che acconsento a toglier in isposa la donna che è alla mia presenza, il mio pensiero si riferisce a Maria, di costei intendo parlare, a costei la mia volontà si riferisce; e se Giovanna vuol prendermi per marito, io non intendo toglierla in moglie. Dunque in questa ipotesi non ha luogo il concorso di due volontà verso il medesimo scopo: *consensus duorum in idem placitum*; e perciò non vi esiste contratto, non vi esiste matrimonio... Per l'opposto, quando avvi soltanto mancanza di libertà nel consenso; quando questo si è prestato ed è soltanto viziato perchè si è dato per effetto di seduzione o di violenza, allora, esistendo il consenso, esiste pure il contratto. In questa ipotesi avvi quindi matrimonio, e solo può essere annullato.

Del resto crediamo utile di rinviare, relativamente a tali due idee, agli schiarimenti datici da Pothier, il quale dimostra chiaramente che nel primo caso non avvi contratto, mentre questo esiste nel secondo (*Ibid.*, n° 308 e 312).

Dunque non bisogna confondere tali due casi.

2° Non bisogna neppure confondere ed identificare la sostituzione ad una persona cognita con la sostituzione ad una persona non veduta giammai precedentemente. In fatti nella prima si ha il caso d'inesistenza di consenso, di non effettuazione del contratto; nella seconda per contrario il consenso esiste ed il contratto si effettua. La prima offre un errore sull'individuo, la seconda sulle sue qualità.

Ed in vero, allorchè in vece di Giulia che io conosco, che mi è piaciuta e nella quale ho creduto divinare sentimenti che mi determinano a sposarla, mi si presenta avanti

l'uffiziale dello stato civile un'altra Giulia il cui volto è coverto dal suo velo, egli è chiaro che non vi sarà consenso. Allora quando dichiaro di toglier in isposa Giulia qui presente, la volontà che sembro esprimere non sussisterà nel mio spirito; le parole *Giulia qui presente*, che apparentemente sembreranno manifestare un'idea relativa a Giulia realmente presente, saranno al contrario l'espressione, falsamente interpretata, d'un'idea che si riferisce a Giulia assente, la quale nel momento che io parlo è presente al mio spirito, ed a lei si rapporta il mio pensiero e la mia volontà. In guisa che se da sua parte Giulia che è presente ha realmente la volontà di sposarmi, io, malgrado l'apparente significato delle mie parole, non ho egualmente la volontà di toglierla in moglie; perciò manca il *consensus in idem placitum*; non vi ha consenso; è il caso d'un vero errore sulla persona, il quale rende impossibile il matrimonio. . . . Per l'opposto, quando la Giulia ricca e nobile che io aveva chiesta in moglie senza averla giammai conosciuta è sostituita, nel momento della celebrazione del matrimonio, da un'altra Giulia povera e rustica, dal mio spirito soltanto questa, che ha presente, e non l'altra che non ha giammai veduta, può esser immaginata; e quando dico: *Io acconsento a prendere per moglie Giulia qui presente*, senza dubbio queste parole ed il mio pensiero a costei si riferiscono. Nel primo caso le mie espressioni sembrano esprimere un'idea, mentre un'altra ne esiste nella mia mente; il consenso è solo apparente, ma non reale. Qui, al contrario, la Giulia di cui profferisco il nome è pure quella la quale è presente al mio spirito, la sola che io possa immaginare; il pensiero è d'accordo con le parole, e la volontà esteriormente manifestata esiste ancora interiormente. Nel primo caso, l'errore fa che non vi sia volontà; nel secondo che non sieno veri i motivi che mi determinano ad acconsentire. Io do il mio consenso, perchè credo Giulia erede d'un gran nome e di beni immensi, mentre ella a nulla succederà; ma infine do il consenso. Or, per conoscere se vi sia matrimonio, è uopo ricercare, non il motivo pel quale ho prestato il consenso, ma soltanto se ho acconsentito.

Tutte le ipotesi quindi possibili si riducono a due casi: o 1. io non ho acconsentito, il che comprende l'errore sull'individuo per sostituzione ad una persona cognita; ovvero 2. ho prestato il consenso, ma per motivi illegittimi. Quest'ultima ipotesi abbraccia non solo il consenso non libero, vale a dire allorchè si ottiene per violenza o per seduzione, ma ben anche la sostituzione ad una

persona incognita, il che dà luogo all'errore sulle qualità.

Laonde, la sostituzione ad una persona incognita non può costituire per un errore sulle qualità, e non mai un caso d'inesistenza di consenso. Ed in vero nell'ipotesi, così spesso citata dagli scrittori, del principe che impalma la figlia secondogenita d'un altro principe vicino, perchè la stima esser la primogenita, che egli non mai vide, in detta ipotesi, come è chiaro, non havvi inesistenza di consenso per errore sull'individuo, ma solamente consenso vizioso per errore sulla qualità della persona. Certo il principe toglie in moglie la donna che egli crede di sposare; ma soltanto reputa esser costei l'erede del principato, e s'inganna; l'errore quindi si riferisce alla qualità ereditaria e non già alla donna. Per rendere vie più evidente la cosa, supponiamo che la futura consorte, che ha vivente un fratello ed è secondogenita, si creda dal principe esser primogenita ed unica. Certamente l'errore è affatto identico e dee produrre i medesimi effetti giuridici. Or è chiaro non trattarsi, in quest'ultima ipotesi, d'inesistenza di consenso, di non effettuazione di contratto per errore sulla persona; del pari quindi non ha ciò luogo nel caso di sostituzione della figlia secondogenita alla primogenita, allorchè questa non fu giammai conosciuta.

In breve, per non esistere consenso, ad onta di queste parole da me pronunziate: *Io sposo la donna qui presente*, è mestieri che la volontà apparente, estrinsecata mercè le parole, sia in contraddizione con la volontà reale del mio spirito; ma, affinché questo abbia una volontà di diversa da quella espressa dalle mie labbra, è necessario pure che esso si rappresenti un obbietto, una donna diversa da quella che gli è presente; or mi riesce impossibile immaginare una donna che non ho giammai veduta e che sia differente da quella che ho innanzi agli occhi.

La sostituzione ad una persona sconosciuta non deesi quindi confondere con la sostituzione ad una persona cognita.

3. Da ultimo, è uno strano e terzo assurdo parlare di conferma di matrimonio nel caso d'errore sull'individuo. Poichè in questo caso il matrimonio non esiste; poichè, come dottamente dallo stesso Pothier è dimostrato, non vi ha *consenso nel contratto*, per qual motivo dunque, questi dice, (n. 309) il matrimonio di cui favelliamo dovrà impugnarsi ed annullarsi in un determinato periodo di tempo? In qual modo può distruggersi ciò che non esiste? Come egli mai può asserirsi che il matrimonio sarà *riabilitato*, allorchè non si è promossa alcuna azione nel termine prescritto? Per riabilitazione in-

tendesì il rimettere una cosa nello stesso stato in cui era precedentemente; or, in qual guisa potete rimettere nello stato di validità il contratto che non ha giammai esistito e che neppure al presente esiste? . . . Tutto al più, (e Pothier non ne dissente) tal matrimonio potrebbesi *effettuare* dandosi posteriormente il consenso, dopo conosciuto l'errore; ma siccome la effettuazione di questo contratto non può aver luogo senza prestarsi il consenso innanzi all'uffiziale civile, perciò è uopo innanzi a costui farsi una novella dichiarazione, vale a dire una seconda celebrazione. L'esempio di Giacobbe e di Lia, citato da Pothier, non ha alcuna relazione con la presente materia. Che Lia fosse divenuta la sposa di Giacobbe per essersi costui semplicemente uniformato alla volontà di lei, ciò era regolare allorchè bastava il solo consenso, senza por mente in qual modo ed innanzi a chi esprimevasi: ma è ben chiaro che la cosa sarebbe stata diversamente sotto la nostra legislazione francese.

Vediamo ora fino a qual punto era morale la legislazione di cui andiamo delineando i principii.

Per ogni sostituzione, anche ad una persona interamente sconosciuta, cravi nullità. Per l'errore poi sulle qualità, senza sostituzione di persone, non davasi mai luogo a nullità (eccetto il caso in cui l'errore riguardava la libertà dell'individuo). Per esempio, un principe voleva e credeva sposare la figlia d'un altro principe vicino; in vece gli si faceva togliere in moglie la figlia d'un semplice gentiluomo la quale insieme con suo padre ignorava del tutto l'inganno; questo matrimonio era nullo. Un nobile giovane, dissolto e ridotto alla miseria, voleva e credeva sposare la ricca vedova d'un suo amico; al contrario sposava una giovane contadina, cui si nascondeva la frode che le si ordiva: il matrimonio era egualmente nullo. Per l'opposto poi era valido, se un'orfana, dotata di lodevoli sentimenti, credeva di maritarsi con un uomo onorato, e scuopriva poscia che questi era un forzato liberato che con la più scellerata astuzia l'avea ingannata. Nel primo caso, lo sposo cercava un titolo che non rinveniva; e la legge accorreva in suo soccorso. Nel secondo, chiedeva danaro che parimenti non rinveniva, e la legge nondimeno lo favoriva. Nel terzo poi, un' infelice giovinetta chiedeva un uomo onorato a scudo del suo proprio onore; vi trovava in vece l'infamia, e la legge non se ne brigava punto. Bella moralità!

E d'onde procedeva una legislazione, che

oggi d' sembra così strana? Perchè l'errore sulle qualità non costituiva *giammai* una causa di nullità quando non eravi sostituzione, mentre poi, quando eravi questa, ritenevasi *sempre* come tale? Due motivi, che al presente più non esistono, avevano originato un similgiante stato di cose: la frequenza de' matrimoni per procura che rendea facilissime le sostituzioni di persone; ed il pregiudizio della distinzione delle caste, il quale, mediante le anzidette sostituzioni, facea temere alle nobili famiglie d'imparentarsi con persone di vile condizione.

Egli è evidente che il motivo pel quale furono adottate le disposizioni circa la sostituzione di persone, fu l'uso che avevano le grandi famiglie di contrarre matrimonio per procura, e con persone che non avevano giammai vedute. In seguito s'aggiunse il timore d'imparentarsi con persone vili, il che a sufficienza è dimostrato dalla seguente circostanza, cioè che l'errore sulla qualità avvenuto senza sostituzione, che in generale non era una causa di nullità, annoveravasi tra queste, allorchè trattavasi d' illustri famiglie imparentate con le più abiette persone, vale a dire di matrimoni contratti con persone tenute in servitù.

Or, nel 1804, quando nè l'uno nè l'altro di questi due motivi più esistevano, furono stabilite norme e ragionevoli e logiche. Dismone qualche cenno.

Abbiamo veduto precedentemente che tutte le ipotesi che possono aver luogo relativamente al consenso si riducono a due: 1. all'inesistenza di consenso, che comprende l'errore sull'individuo, vale a dire la sostituzione ad una persona cognita; 2. al semplice vizio del consenso, che abbraccia non solo la mancanza di libertà (sia per violenza, come per seduzione), ma ben anche l'errore sulle qualità con sostituzione o senza.

Nel primo caso non esiste matrimonio, e per conseguenza neppure alcuna azione di nullità; nel secondo il matrimonio è annullabile, ed è uopo quindi indicare da chi ed in qual termine debba intentarsi l'azione.

Si fatta teorica semplicissima è contenuta da una parte nell'art. 146 [153] e dall'altra negli art. 180 e 181 (1).

In vece dunque d'esser il nostro art. 180 l'applicazione e la pratica dell'art. 146 [153], esso all'opposto prevede un caso interamente diverso. Ogni qual volta non vi è consenso, sia per effetto di demenza, interdizione giudiziaria o morte civile (2), sia (ove potesse avvenire) per errore sull'individuo a causa d'una sostituzione ad una persona conosciu-

(1) Soppressi nelle nostre leggi civili. (Nota del traduttore).

(2) Appo noi non esiste morte civile. Vedi la nota (1) pag. 93 (Nota del traduttore).

ta, l'art. 146 [153] per tutti ai fatti casi dichiara, che siccome non vi esiste consenso, così non vi esiste neppure matrimonio. Or, quando il consenso esiste, ma è affetto da vizio, deesi ricorrere all'art. 180, il quale nel suo primo comma prevede la mancanza di libertà, e nel secondo l'errore sulle qualità della persona. Ond'è che questo secondo comma, in vece di dire errore *sulla persona*, come fu praticato da Pothier, o meglio ancora, errore *sull'individuo*, come dal tribunale di cassazione fu proposto per esprimere più chiaramente la stessa idea, ha rigettato e l'una e l'altra redazione contentandosi dire semplicemente errore *NELLA persona*; espressione la quale indica un errore che colpisce la sola persona con la quale si tratta, e senza esservi uopo d'andare da un individuo all'altro.

Certo, se la legge si occupasse qui del caso d'inesistenza di consenso per errore sull'individuo, caso compreso dalla regola generale dell'art. 146 [153] (1), il nostro secondo comma in un modo affatto speciale prevederebbe un'ipotesi già contemplata in altro luogo. Or, quale sarebbe questa ipotesi così temuta, di cui la legge per ben due volte con tanta cura e sollecitudine parla? La sostituzione ad una persona conosciuta, vale a dire un caso puramente chimérico, in cui l'effettuazione è impossibile oggidì in cui i matrimoni non si contraggono più per procura. Imperocchè la persona che si dovrebbe sostituire innanzi l'uffiziale dello stato civile a quella che mi piacesse sposare, dovrebbe avere la medesima altezza, figura e voce di questa! Dovrebbe avere lo stesso nome e cognome. Dovrebbe dipendere, quanto al matrimonio, da parenti del medesimo grado e che avessero gli stessi nomi di coloro cui la sostituita è sottoposta; essendochè senza di ciò le disposizioni dell'art. 76 [79] renderebbero l'errore impossibile!... E per questa ipotesi assurda, che d'altronde non può sfuggire alla sanzione dell'art. 146 [153], il legislatore avrebbe stabilito nel nostro art. 180 una seconda disposizione? Ciò non può sostenersi.

Ma questo è ben poco: supposto che la riunione di tutte le enunziate ebinere avesse potuto sembrare possibile al legislatore, egli non avrebbe certamente redatto l'art. 181 nel modo in cui si trova. In fatti un errore come quello di cui trattiamo, supponendo che avesse potuto esistere al momento della celebrazione ed ai primi istanti che le succedono, immanabilmente si sarebbe sco-

verto nel medesimo dì, al pranzo, per esempio, al ballo, al letto. L'art. 181 dunque farebbe scorrere il termine di sei mesi a contare dall'effettuazione del matrimonio e non già, come realmente dispone, dal giorno nel quale l'errore è stato conosciuto, il che suppone un errore scopribile in un tempo più o meno lungo dopo il matrimonio. Per ai fatti motivi quindi, se si tratta d'una sostituzione, questa non può essere che una sostituzione ad una persona incognita, e per conseguenza, come precedentemente si è dimostrato, un caso d'errore sulle qualità e non sull'individuo.

Tutto dunque concorre a dimostrare che ne' nostri due articoli trattasi d'un errore che riguarda le qualità della persona, sia che esso errore abbia luogo senza alcuna sostituzione, sia che risulti da sostituzione ad una persona incognita.

E come mai avrebbe potuto essere altrimenti? Se il nostro articolo fosse stato redatto in un altro senso ed il suo secondo comma avesse riguardato l'errore sull'individuo, il nostro Codice, in vece di correggere le conseguenze immorali dell'antico diritto, le avrebbe riprodotte e rese inoltre vie più gravi! E per vero, nell'antico diritto eravi eziandio delle cause di nullità che non procedevano da errore sull'individuo; per esempio, il matrimonio era nullo per errore sulla qualità, allorchè si era sposata una persona che si reputava libera ed invece era schiava; lo era pure, senza che vi fosse intervenuto alcun errore, per l'impotenza naturale od accidentale d'uno de' coniugi (Pothier, n° 96, 97, 98); ovvero se uno di essi era legato da voti solenni di religione. (Ivi n° 108). Or, oggidì queste stesse cause di nullità non potrebbero più aver luogo, e se, per esempio, una donna cattolica sposasse per errore un prete, la legge non gli permetterebbe di sciogliere il matrimonio, e gl'ingiungerebbe, malgrado il rimorso della sua coscienza, di vivere in un continuo stato di sacrilegio. Ciò sarebbe assai specioso, ma non è così!

Per potersi affermare, giusta varî scrittori, che il nostro articolo riproduce l'antica teorica dell'errore sull'individuo, era uopo essere profondamente istruito d'un passato col quale il nostro Codice dovea del tutto rompere ogni sorta di relazione. Pertanto, per amor del vero bisogna confessare che quei scrittori, quanto alla materia che trattiamo, non hanno un sistema fermo, e da un'idea saltano ad un'altra contraria, senza offrire

(1) All'articolo 153 delle nostre leggi civili tiene dietro un articolo tutto nuovo che non è nel codice francese, ove è detto che — non vi è con-

senso in colui che erra sulla persona del futuro sposo: l'errore sulle qualità e condizioni della persona non distrugge il consenso. (Nota del trad.)

giammi un insieme di principii incontrastabili. In fatti Delvincourt, riconoscendo del tutto come causa di nullità l'errore sull'individuo, approva nullameno una decisione di Colmar, la quale sciolse il matrimonio che una donna cattolica avea contratto per errore con un monaco professo. Similmente Duranton (II-66), nel nostro articolo non iscorrendo altro che l'errore sull'individuo, approva pure quella medesima decisione e per giustificarcia adduce nuove ragioni.

In mezzo a tanta incoerenza d'idee, ci gode l'animo d'imballarci in uno scrittore, lo Zachariae (III, p. 210-211, note 2 e 3), il quale, intorno al consenso al matrimonio, ha saputo darci, in generale parlando, una teorica ragionata. E spiacevole però che anche egli a causa di non aver fatta la distinzione tra la sostituzione ad una persona cognita e quella ad una persona sconosciuta (spesso immaginaria), direttamente (p. 260-261, note 7 a 10) si è opposto ai suoi medesimi principii, ed in una quistione è incorso nelle contraddizioni dell'antico diritto (1).

Il perchè, e per ripiegare quel che abbiamo esposto, diciamo che gli art. 180 e 181 (2) si occupano dell'errore sulle qualità e non dell'errore sull'identità, e dal loro medesimo testo se ne ricavano cinque prove in vece d'una: — 1° L'errore sull'identità sarebbe un caso d'inesistenza di consenso, e perciò non vi potrebbe essere matrimonio (art. 146 [156]); or gli art. 180 e 181, come tutti quelli relativi alla domanda di nullità, si occupano di matrimoni esistenti e suscettivi d'essere sciolti; — 2° se il secondo comma dell'art. 180 parlasse dell'errore sull'identità, vale a dire d'un errore che trasse seco la mancanza di consenso, il primo comma parimente dovrebbe parlare di questa mancanza di consenso (come pure del consenso non libero); or è tutt'altro, poichè quest'ultimo comma discorre del conjugio *il cui consenso non è stato libero*; — 3° se si trattasse dell'errore sull'identità, il quale impedisce d'effettuarsi il matrimonio, questo,

(1) Zachariae ammette pure il preteso principio che il matrimonio possa essere annullato per errore sulla persona e non mai per quello sulle qualità. Ma alla fine conclude, senza comprendere che il suo principio rimane distrutto, esser sufficiente un errore sulla persona civile, ad onta d'altra parte dell'identità costante dell'individuo, un errore, per esempio, come quello di cui favellasi in una decisione di Bourges che or ora citeremo, il quale aveva fatto scambiar un vile avventuriere per un barone italiano. Ma perchè obbligarsi a ricordare quel che abbiamo altrove stabilito, p. 59-63, esser cioè appo noi questa distinzione interamente inammissibile? Perchè obbligarsi a dire che quel che si vuol chiamare errore sulla persona CIVILE o SOCIALE non è altro

quale che sia il tempo che scorresse, non potrebbe giammai esistere; or l'art. 181 dichiara che dopo sei mesi il matrimonio di cui tratta sarà valido ed inoppugnabile; — 4° se si trattasse d'un errore sull'identità, questo si scuoprirebbe sempre nel medesimo giorno del matrimonio; or l'art. 180 suppone che l'errore, del quale parla, potrà facilissimamente essere conosciuto in qualunque altra epoca; — 5° da ultimo, l'insieme delle enunciazioni prescritte dall'articolo 76 [79] che debbono inserirsi nell'atto di matrimonio, rendono impossibile ed interamente chimerico un errore sull'identità.

IV. — La quistione dell'errore relativo al matrimonio, e quella del vero senso del nostro articolo 180 (3) sembra a sufficienza trattata dietro le spiegazioni particolarizzate che abbiamo esposte: pur tuttavolta ci rimane altro a dire. Restano ad esaminarsi fatti che offrono altrettanta e forse anche maggiore importanza della stessa teorica del diritto, di guisa che la quistione la quale, sotto il rapporto giuridico e filosofico, non presenta più alcuna difficoltà, dal lato storico rimane sempre la stessa. Abbiamo notato che la maggior parte de' redattori del Codice erano imbevuti, intorno alla presente controversia, delle idee anti-logiche dell'antica giurisprudenza, idee che senza variare si riprodussero al tempo della discussione del nostro titolo nel Consiglio di Stato. Si fatta circostanza fa tornare in campo la controversia, e ci obbliga, dopo la discussione cui testè abbiamo dato termine, a ricominciare un'altra, la quale fortunatamente sarà molto più breve.

« Le vostre teoriche, ci si potrebbe opporre, sono forse del tutto logiche, ma non sono state ammesse; il senso che voi date alla legge, e che sembra realmente offrire, può in verità esser quello che le si avrebbe dovuto dare, ma non è affatto quello che ha ricevuto; la vostra opinione non è punto la stessa di quella del legislatore. Leggete le lunghe discussioni che ebbe ro luogo nel Consiglio di Stato, e da per tutto vedrete i re-

che un errore SULLE QUALITÀ CIVILI o SOCIALI della persona? Non è egli evidente che la signorina Beauger di Bourges si era ingannata semplicemente sulle qualità dell'individuo, allorchè sposò il rifiutato italiano che credeva esser un barone, un colonnello, un uomo d'onore e di distinzione, mentre era un miserabile e vile scellerato? Non è egli evidente essere il suo errore simile a quello della giovinetta che nel 1838 in Parigi (Gazz. dei Trib. del 16 giugno) aveva sposato un individuo il quale si era fatto credere un uomo onorevolissimo, mentre era un forzato, ipotesi intanto che Zachariae (nota 10) pretende doversi decidere altrimenti?

(2) Vedi la nota (3) pag. 330. (Nota del trad.)

(3) Vedi la nota precedente. (Nota del tradutt.)

dattori presentare e sviluppare una teoria interamente contraria alla vostra. A chiare note vedrete che gli art. 180 e 181, i quali, secondo voi, preveggono un caso differentissimo da quello preveduto dall' art. 146, erano da' medesimi considerati come lo sviluppo e la pratica di questo stesso articolo. Voi ci osserverete che tutti e tre gli anzidetti articoli sono relativi alla mancanza di consenso non solo, ma anche al consenso vizioso: circostanze queste che non presentano alcuna differenza e che rendono soltanto il matrimonio annullabile ed atto ad essere ratificato. Ciò senza dubbio è incontrastabile, e quindi, sia pure giusta per quanto si voglia la vostra critica, essa rimane impotente per la legge scritta, e potrebbe aver forza solo per le leggi a farsi.

Se così e non altrimenti fosse la cosa, se queste asserzioni fossero fondate, la conclusione in verità sarebbe giusta. Ma fortunatamente la è tutt'altra. Le strane incoerenze e le immorali bizzarrie dell'antico diritto erano, a dir il vero, in quasi tutte le menti, ma non in tutte. In mezzo a que' vecchi giureconsulti forniti di scienza e ricchi di memoria, ma che (siam costretti a dirlo) si facevano assai più dominare dall'autorità della routine (1) che dalla logica, scorgevasi un uomo il quale, giovanissimo ancora, s'in-

nalzava al di sopra di essi in tutta l'altezza del suo genio; un uomo che si sottrasse al funesto dominio di quella pratica, sì per la sua elevata ragione, come per la sua avventurosa ignoranza d'una legislazione oramai caduta; un uomo che col suo acuto ingegno notando le teorie ragionevoli, le idee giuste, gli atti concepimenti che sfuggivano agli altri, li fece, mercè la sua preziosa influenza, trasferire nel testo, malgrado que' vecchi leggesti che l'un l'altro con maraviglia si ripetevano: « Quest' uomo è la legislazione in persona » (parole del console Cambacérès).

Napoleone, nell'età allora di soli trentun anni, esercitava nullameno su' consiglieri un'autorità molto più grande di quel che si possa immaginare. Fu egli che, nel titolo degli *Atti dello stato civile*, ad onta del Consiglio, fece ammettere il principio, vituperato sulle prime, ma ben tosto ammirato, che laddove sventola la bandiera francese, ivi è la Francia. Fu egli pure che, nella discussione del nostro titolo, ottenne che ne' suoi articoli si scrivessero le idee le quali precedentemente abbiamo sviluppate. Si è osato negare questo risultato della preziosa influenza di Napoleone e questa influenza medesima; ma i fatti chiaramente vi si oppongono (2).

Mentre Portalis, Tronchet, Malville, Ber-

(1) Adopriamo questa voce, comechè sappia di francesismo, parendoci che essa renda meglio l'idea che non le voci *pratica ed usanza*. (N. del Tr.)

(2) Un professore della facoltà di Strasbourg, Thieriet, ci ha soprattutto intorno a ciò vivamente combattuto in un articolo pubblicato nella *Rivista di legislazione*. (t. I.º del 1847, p. 375). « Chi era alla fine questo Napoleone? dice Thieriet. Un ufficiale d'artiglieria, educato nella scuola militare e nei campi.... Senza dubbio, l'altezza del suo genio e le lezioni che egli aveva cura di farsi dare da Tronchet, gli permettevano a quando a quando fare delle riflessioni giustissime; ma ciò non basta per essere giureconsulto.... Gli elogi che gli sono prodigati non debbono forse noveare tra gli atti di adulazione di cui è stato così spesso l'obbietto?... In somma, l'opinione del primo console, relativamente a ciò che trattiamo, non è stata avventurosa, non ha prevaluto, e le sue idee non hanno potuto trasformarsi nel Codice. »

A capo di due anni però, e dopo l'elezione del 40 dicembre 1848, Thieriet ha mutato interamente linguaggio sull'importanza del concorso di Napoleone nella redazione del Codice. In un altro

articolo pubblicato dalla medesima *Rivista* (t. II, del 1849, p. 279) egli ci parla dello spirito di cieca reazione, il quale, non potendo abolire il Codice, gli ha tolto nullameno, dopo la caduta dell'Impero, il suo giusto e vero nome di *Codice Napoleone*. « Oggi che il tempo ha progredito, continua Thieriet, distruggendo le passioni ed i pregiudizi... che il gran nome di Napoleone appartiene oramai alla storia... che il suo nipote è il capo della Repubblica..., niuno potrà impedire alla Francia di ricordarsi che questo Codice le fu dato da Napoleone... Scrivere in testa del medesimo il nome di colui che è il più bel titolo di gloria, di colui che nella sua redazione prese una parte sì attiva e reale, intervenendo personalmente nel Consiglio di Stato, come era uso ne' campi di battaglia, non si farebbe che applicare la gran massima *suum cuique tribuere*, rendere a ciascuno il suo. » In conseguenza, e siccome per una semplice ordinanza, al dire di Thieriet, il Codice fu spogliato del suo nome, così parimente, conclude il professore, il presidente della Repubblica potrebbe e dovrebbe restituirglielo con un semplice decreto (*).

(*) I voti del professore di Strasbourg venivano nel mese di marzo di quest'anno 1853 esauditi. Luigi Napoleone nipote dell'imperatore presidente della Repubblica francese con un decreto sanzionava quanto segue:

« Considerando che si deve alla velocità potente dell'imperatore Napoleone la formazione del Codice civile da lui promulgato.

« Che fu egli che scelse gli uomini eminenti da' quali fu preparata e compiuta quest'opera immortale;

« Che solo la sua presidenza al Consiglio di Stato e sotto le

Marcadé T. I.

ispirazioni del suo genio furono risolte le più gravi questioni del nostro diritto civile;

« Che in pubblica riconoscenza aveva decretato questo codice col titolo di *Codice Napoleone*;

« Che ristabilendo questa denominazione non si fa che rendere omaggio alla verità storica del pari che al sentimento nazionale;

« Decreta:

« Art. 1. Il codice civile riprenderà la denominazione di *Codice Napoleone*. (Nota del traduttore.)

lier, Cambacérès, Rœl ed altri continuamente riproducevano le false idee testè confutate; per esempio, che un matrimonio inesistente per mancanza di consenso si ratifica se non è impugnato, che non vi ha consenso quando vi è violenza o seduzione, Napoleone, trascinato sulle prime da questa maniera di vedere (Fenet, t. IX, p. 15), se ne emancipò tosto per non sottoporvisi mai più. Fin dalla prima seduta tenuta per questo titolo (5 vend. anno X, 27 settembre 1801), egli stabilì con istil conciso, succoso, energico e penetrante che eragli tutto proprio, e qualche volta però in modo inintelligibile, il gran principio della differenza tra il matrimonio inesistente per mancanza di consenso, e quello annullabile per consenso vizioso; disse che vi era consenso ne' casi di violenza, di seduzione o di errore per sostituzione ad una persona sconosciuta, e quindi effettuazione del matrimonio in questi differenti casi, salvo annullamento, quando eravi luogo; parlò dell'immoralità della facoltà assoluta di annullarsi il matrimonio a causa di sostituzione ad una persona incognita; della chimera, dell'assoluta impossibilità d'una sostituzione ad una persona conosciuta; ricordò che l'antico diritto era fondato sulla distinzione delle caste, sul timore di contrarsi matrimoni tra famiglie nobili e ricche con persone vili ed abiette, e l'uso di sposare per procura; in breve, fermò precisamente tutte le idee che finora abbiamo cercato di far intendere.

Und'è che Tronchet, imbarazzato, fin dalla prima seduta, intorno alla redazione ed al collocamento dell'art. 146 [153], propose come cosa del tutto semplice di allorarlo nel nostro capitolo IV, delle Domande per nullità. « Voi noi potete, gridò il Primo Console, se si CONFONDEREBBE IL CASO IN CUI NON VI È UN MATRIMONIO CON QUELLO NEL QUALE PUÒ ESSERE ANNULLATO » (*Ibid.*, p. 16). L'art. 146 [153] fu per tal ragione messo in un altro capitolo.

In prosiegua, discutendosi un articolo dell'anzidetto capitolo IV che stabiliva l'azione per nullità contro il matrimonio contratto dal morto civilmente: « Il vostro articolo è

Volendo su queste due opinioni dare il nostro parere, diremo che non può accettarsi né l'una né l'altra. Se è inesatto, che Napoleone, giusta l'articolo del 1847, la mercè delle lezioni di Tronchet faceva qualche riflessione, e quindi non ha potuto esercitare alcuna seria influenza sulla redazione, neppure si può pretendere, secondo quello del 1819, che il Codice sia stato sua opera; so il primo console nella redazione del codice prese una parte abbastanza attiva per potersi annoverare tra i suoi autori, senza dubbio poi non può dirsi l'autore principale; per la qual cosa la massima cuius sum non è applicabile, e Thieriet a torto fu abbandonata la sua prima esagerazione per la

» assurdo, disse Napoleone; esso rispetto al » morto civilmente suppone un matrimonio » qualunque, il quale se non fosse impugnato certamente sussisterebbe. È inutile parlare su questa specie di matrimoni » (*Ibid.*, p. 50). E l'articolo fu soppresso.

Nella seduta del 24 frimajo (15 dicembre), i redattori ripresero la discussione dell'art. 146 [153] il quale era stato compilato sotto la influenza delle loro false idee e conteneva le due seguenti proposizioni, la prima vera o la seconda assurda: Non vi è matrimonio ove non vi è consenso. — Non vi è consenso ove vi è violenza od errore sulla persona. Il Primo Console disse loro: « Nella prima discussione si erano distinti due casi, esclusi » ora dalla vostra redazione: 1° Non essendovi dove consenso, non vi è neppur matrimonio; 2° se la donna, avendo acconsentito, » pretendendo d'essere stata violentata, IL MATRIMONIO ESISTE, MA PUÒ ESSERE ANNULLATO. » La stessa distinzione si ha per l'errore intorno alla persona: se io volea sposare una » bionda dagli occhi neri ed in vece m'han » no data una bruna dagli occhi cilestri, non » vi sarà matrimonio; se poi l'errore riguarda semplicemente le qualità, allora IL MATRIMONIO ESISTE, MA PUÒ ESSERE ANNULLATO. » Nulladimeno, rispose il consigliere Rœl, » io ho creduto esprimere le idee del Primo Console dicendo: Non vi è consenso ove vi » è violenza. — Perdonate, soggiunse Napoleone, vi è consenso; per poter acconsentire basta un sol momento, ma il consenso » non è libero » (p. 99). E così la seconda proposizione fu tolta.

Nella medesima seduta e sul proposito della protesta inesistenza di consenso nella sostituzione ad una persona che non si è veduta, egli gridò: « Voi non avete neppur l'idea dell'istituzione del matrimonio; oggi dirla che non esistono più caste, essa è la più imponente per l'uomo... Il vostro articolo è immorale; si rappresenterebbe un dramma che sarebbe contrario al mio sistema... Voi vi comportate da negozianti. » La dote non è che l'accessorio: l'unione, » la vicendevoles simpatia è l'obiettivo principale.

seconda: da ultimo, si è restituito al Codice il suo nome primitivo, il suo vero nome, intitolandolo Codice civile, e ciò ebbe luogo nel 1846 non già per una semplice ordinanza, ma per effetto dell'art. 68 della Carta costituzionale del 1844.

Peraltro non è questa la questione tra Thieriet e noi. Si tratta di conoscere se il primo console abbia o pur no esercitata la sua influenza nella redazione del nostro capitolo; se le sue idee vi sieno o pur no penetrate; se a caso ovvero a disegno i nostri articoli abbiano l'attuale loro redazione, questioni tutte che con la maggior possibile chiarezza saranno risolte in quel che segue.

» pale... l'intero vostro sistema trae origine
 » dall'uso di maritarsi per procura che pri-
 » ma esisteva; ma al presente i matrimoni si
 » contraggono personalmente (p. 99 e seg.).»
 Il testo proposto, per effetto di questa criti-
 ca, fu rigettato.

Poſcia nella diſcuſſione del titolo del *Di-
 vorzio*, Bonaparte ripeteva ai conſiglieri: « Ri-
 » cordatevi quel che avete detto intorno alle
 » nullità. *L'errore ſulle qualità*, che voi chia-
 » mate *errore ſulla perſona*, PERMETTE DI
 » FARSI ANNULLARE IL MATRIMONIO ». (*Ibid.*,
 261).

Sull'obbietto tornerebbe inutile ogni altro
 commento. È aſſaſtanza chiaro ſe per azzardo
 non ſieno ſtati conſuſi i caſi preveduti dal-
 l'articolo 146 [153] con quelli degli art. 180
 e 181 (1); ſe per azzardo non ſia allogata nel
 noſtro capitolo alcuna ipoteti di matrimonio
 ineſiſtente; ſe le idee del primo Conſole ab-
 biano o pur prevaluto; ſe ſia poſſibile ſo-
 ſtenerſi che il ſecondo comma del noſtro
 articolo ſia ſtato redatto per l'errore *sull'in-
 dividuo*, vale a dire per un caſo d'*ineſiſtenza
 di conſenſo*; ed a chiare note apparire che
 queſto ſecondo comma dovca prevedere e
 realmente prevede l'errore ſullo qualità (2).

V. — Abbiamo fermato che l'errore *nella
 perſona*, vale a dire ſulle ſue qualità che altro
 volte per eccezione e nel ſolo caſo che ſi ſpo-
 ſava una perſona ſchiava, creduta libera,
 coſtituiva una cauſa di nullità, al preſente la
 coſtituiſce per maſſima ed in un modo aſſo-
 luto.

Ma fin dove ſi eſtende ſi fatta regola? La
 nullità dovrà pronunziarſi per ogni errore
 ſulle qualità d'una determinata importan-
 za?..... Evidentemente che no; e ſe aveſſi
 ſpoſato una perſona che io credeva profeſſa-
 re una ſcienza ed avere un ingegno di cui era
 in vece ſprovvoluta, eſſer ricca, mentre era
 povera, eſſer nobile ed in vece era abietta,
 tali circonſtanze, la cui conoſcenza probabi-
 lmente ſarebbe ſtata ſufficiente per impedirmi
 a contrarre il mio matrimonio, non avreb-
 bero nullameno alcuna forza per farlo an-
 nullare. Per iſciogliere un contratto coſi ſa-
 ro quanto il matrimonio, è meſtieri un er-
 rore il cui obbietto ſia intereſſantiſſimo e

che riſegga inoltre nella ſteſſa perſona. Il
 perchè, ſarebbero giuſti motivi d'annulla-
 mento l'impotenza vera e tale che è di oſta-
 colo alla ſteſſa conſumazione del matrimo-
 nio; l'antiorie proſtituzione pubblica della
 moglie che ſi reputava oneſta; un voto ſo-
 lenne di continenza d'uno de' conſugi, quan-
 do l'altro è cattolico; lo ſtato di forzato libe-
 rato del marito, che ſi credeva onorato (3).

Similmente, ſecondo i caſi, potrebbesi pu-
 re annoverare tra i motivi d'annullamento un
 fatto che più d'una volta ha avuto già luogo,
 pel quale, per quanto ſappiamo, non ancora ſi
 è portato innanzi ai tribunali. Intendiamo pa-
 rare del rifiuto dell'uno de' conſugi di proce-
 dere alla religiosa celebrazione del matri-
 monio. Per la qual coſa, ſe una giovine, ani-
 mata da ſentimenti religiosi e profeſſando il
 cattolicismo, accettasse la mano d'un uomo
 il quale le ha dato ad intendere d'eſſer cat-
 tolico, e dopo la celebrazione civile, coſtui,
 ſmaſcherandoſi de' ſuoi religiosi principii,
 ricuſaſſe di far benedire la ſua unione dalla
 Chiesa, e la giovane, rifiutandoli di coabitare
 ſecolui, il che per lei ſarebbe un delitto, di-
 mandasse l'annullamento del matrimonio per
 errore ſulla perſona che ella ha ſpoſato,
 ſenza dubbio queſto annullamento non po-
 trebbesi non profferire. Ed in vero, da un la-
 to, nell'anzidetta ipoteti avvi errore ſopra
 una qualità principale della perſona, poichè
 ſi è creduto e voluto ſpoſare un uomo dota-
 to di qualche ſentimento religioso, ed in ve-
 ce queſti ſi moſtra non ſolo indifferente ma
 oſtile eziandio, ſpingendo l'empietà fino a
 non voler annuire, neppure per condisce-
 denza alla ſua giovine ſpoſa, all'adempimen-
 to d'un atto religioso che egli non ignora
 eſſer indiſpenſabile agli occhi di coſtei. Da
 un altro lato, queſto errore, quanto alle ſue
 conſequence, è della più alta gravità per la
 donna, poichè la condannerebbe a vivere in
 uno ſtato che la ſua conſcienza le preſente-
 rebbe qual perpetuo concubinato. In caſi ſi-
 mili dunque il matrimonio ſarebbe annul-
 labile, giuſta l'opinione di Bressolles, pro-
 feſſore all'univerſità di Toloua, il quale in-
 torno alla preſente quieſtione ha pubblicata
 una diſſertazione, e di Delpech, decano del-

tende, o prima abbia inteſo ſenza mutar volontà,
 di non contrarre ſe non ſotto la condizione di
 quella qualità. La ſeconda, quando la qualità è pro-
 pria ed individuale di qualche certa perſona: v.
 gr. ſe uno intende contrarre colla primogenita del
 Re di Torino. La terza finalmente quando il con-
 traente intende principalmente la qualità, e meno
 principalmente la perſona, come ſe diſceſſe: *vo-
 gliſſi ſpoſare una nobile, quale penſo che ſia N.*
 Altrimenti poi ſarebbe ſe diſceſſe: *Foglio N. la
 quale ſtimo che ſia nobile.* V. S. Alfonſo nella ſua
 opera intitolata *Iſtruzione e pratica per i confeſ-
 ſori*, vol. 2, cap. XVIII. (*Nota del traduttore.*)

(1) Vedi la nota (3) pag. 330. (*Nota del Trad.*)

(2) Demolombe (III, n° 254-253, p. 398-406)
 ſembra pienamente adottare le noſtre idee, e ſi-
 mila (p. 403-405) che noi abbiamo ben dimoſtrata
 la contraddizione e l'inammiſſibilità delle regole
 dell'antico diritto, in parte riprodotte da Zacha-
 riae.

(3) L'errore circa le qualità per annullare un
 matrimonio già contratto deve ridondare, al di-
 re de' dottori, ſulla ſoſtanza. Tre ſono le regole,
 giuſta le parole di S. Alfonſo, per diſcernere
 quando l'errore circa le qualità ridonda nella ſo-
 ſtanza. La prima, quando attualmente alcuno in-

la medesima università, il cui parere è stato riferito dal primo (*Riv. di Legislaz.*, t. II del 1846, p. 139-138). Peraltro si ponga mente che noi non dichiariamo questo matrimonio non avvenuto ed inesistente per l'inadempimento d'una condizione tacitamente prescritta (imperocchè non può esservi matrimonio condizionale), ma solamente annullabile per errore nella persona (1).

Del rimanente, è chiaro che nel decidere simiglianti casi debbonsi prendere in considerazione le diverse circostanze del fatto; ond'è che la prostituzione della moglie o lo stato di forzato del marito non sarebbero motivi sufficienti d'annullamento, se il consorte non avesse intemerati costumi. Altrettanto dee dirsi nel secondo caso, se le circostanze del fatto che ha mitigata la condanna facessero scorgere piuttosto un infelice che uno scellerato. Similmente, nella ipotesi di rifiuto della celebrazione religiosa, non vi sarebbe luogo ad annullamento, se la gabata moglie avesse annuito alla consumazione del matrimonio. Queste ed altre simiglianti quistioni sono lasciate al sano criterio de' magistrati (2).

L'annullamento del matrimonio per errore sulle qualità fu profferito dalla decisione di Colmar del 6 dicembre 1811, precedentemente citata, atteso lo stato di monaco professore del marito; poscia fu pronunziato da una decisione di Bourges, del 6 agosto 1827, contro un vile avventuriero che davasi ad intendere per un barone italiano la mercè di diplomi falsificati.

VI. — Abbiamo giudicato giusta la legge due motivi d'annullamento del matrimonio: 1° la mancanza di libertà nel consenso; 2° l'errore sulle qualità principali della persona. Bisogna anche conformemente all'art. 1109 [1063] ammettere il dolo come terzo motivo d'annullamento?

S'intende per dolo i mezzi fraudolenti usati per determinare una persona, ingannandola, ad effettuare un contratto che le torna pregiudizievole. Ne' contratti ordinari il dolo produce qualche volta la nullità; ma ciò ha luogo sempre indirettamente ed in un caso speciale. In fatti, di tre cose l'una: o 1° il dolo non è riuscito ad ingannare la persona, e quindi non vi è stato errore, o almeno si è versato su circostanze di sì lieve momento che senza di esso la persona avrebbe egualmente contrattato; o 2° il dolo ha prodotto nello spirito della persona un errore riguar-

dante le qualità essenziali della cosa, la sostanza di questa stessa cosa, giusta il linguaggio giuridico (poichè sostanza non ha in diritto lo stesso significato che le è attribuito nella fisica e nella filosofia, ove in opposizione de' modi si adopera per indicare l'essere intimo dal quale questi son sostenuti: *SUBSTANTIA quod stat su modis*; per l'opposito in diritto esprime soltanto l'insieme delle qualità che rendono la cosa acconcia a ciò cui è destinata); o finalmente 3° l'errore prodotto, senza viziare la sostanza medesima della cosa, è intanto talmente grave, che senza di esso non avrebbe avuto luogo il contratto.

Nel primo caso, quando il contratto, senza che si fossero praticate insidie, si sarebbe egualmente stipulato, il dolo non produce alcun effetto. Nel secondo, val dire quando il dolo ha prodotto l'errore sulla sostanza della cosa, il contratto può essere annullato; ma non a causa del dolo, bensì dell'errore sulla sostanza, il quale avrebbe egualmente motivato l'annullamento, benchè non vi fosse intervenuto alcun dolo (art. 1110 [1064]). Da ultimo, nel terzo caso, quando l'errore prodotto dal dolo, senza versarsi sulla sostanza della cosa, è nulladimeno di tale importanza che se non fosse esistito, il contratto non si sarebbe effettuato, il dolo, mediante una speciale circostanza, può divenire un principio indiretto d'annullamento. In fatti, il dolo non avendo prodotto nell'anzidetta ipotesi l'errore sulla sostanza, e la legge non ammettendolo come causa di nullità (art. 1110), il contratto dunque non è affetto dal vizio che ne provoca l'assoluto annullamento. Soltanto la persona trovandosi lesa ne' suoi interessi (poichè si suppone che senza l'errore non avrebbe contrattato) ha diritto ad esserne indennizzata, ed il dolo dà quindi luogo ad un'azione di danni-interessi contro colui che lo ha usato. Ma se l'autore del dolo è precisamente quegli col quale ho contrattato, si fatta circostanza offre un mezzo d'ottenere nel modo più esatto i danni-interessi, sul cui valente non può darsi luogo a litigio: poicchè si rimettono le cose nel medesimo stato in cui erano precedentemente, annullando tutto ciò che è stato fatto.

In tal guisa il dolo può divenire un motivo d'annullamento, sotto la duplice condizione d'essere stato la causa efficiente del contratto, e di procedere da colui col quale si è contrattato. Questa e non altra è in fatti la teorica del Codice nell'art. 1116 [1070].

di Trento. — Vedi la nota (2) pag. 297. (N. del T.)

(1) Questo caso qui figurato dall'autore appo noi non può aver luogo, essendosi formalmente nell'art. 67 del nostro legislatore sanzionato che « il matrimonio nel regno delle Due Sicilie non si può legittimamente celebrare, che in faccia della Chiesa, secondo le forme prescritte dal Concilio

(2) Appo noi le cause matrimoniali, come abbiamo altrove notato, sono riservate agli Arcivescovi e Vescovi, giusta l'art. 20 del Concordato del 1818 concluso tra la S. Sede ed il nostro Reame. Vedi la nota (3) pag. 268. (Nota del T.)

Per esprimere l'idea che il dolo, indirettamente e quando procede dalla persona medesima con cui si contratta, diviene una causa d'annullamento, mentre la violenza e l'errore sulla sostanza sono vizi assoluti che affettano l'essenza della convenzione, si dice che il dolo è soltanto in *personam*, e che al contrario l'errore e la violenza sono in *rem*. La qual cosa vuol significare che, come motivo di nullità questi ultimi si versano sul contratto medesimo, in *rem*; il dolo, solamente sulla persona che ha contrattato, in *personam*.

La mercè di sì fatte spiegazioni, la nostra quistione, se il dolo può annullare il matrimonio nel caso in cui gli altri contratti rimangono da esso annullati, riuscirà facile a risolversi, e la negativa non è punto dubbia. In fatti, atteso che l'annullamento non può risultare dal dolo che a titolo di danni-interessi e come mezzo d'ottenere una indennità d'una rigorosa esattezza, esso dunque non può aver luogo che nei contratti il cui oggetto è suscettivo di compensi, di riparazioni materiali. Val dire che l'annullamento per dolo è soltanto possibile in quei contratti che si versano su interessi pecuniari, su valori che possono esser rappresentati dal danaro. Or, non potrebbe essere altrettanto nel matrimonio, nel quale l'oggetto del contratto è l'uomo, nel quale per conseguenza è impossibile qualunque compenso, indennità, ritorno delle cose nello stato primiero. Una semplice riflessione basta per rimanerne convinti. Che si farà negli altri contratti, se il dolo senza del quale non avrei contrattato procede da un terzo? Il contratto sarà mantenuto, e questi m'indennizzerà de' danni-interessi. Applicare quest'idea al matrimonio! lo ho tolto in moglie Maria per dolo usatomi da Pietro; costui quale indennità potrebbe pagarmi pel pregiudizio morale che io provo? La natura delle cose non rende forse impossibile ogni sorta di risarcimento?... Ma se i danni-interessi sono impossibili, non può esservi dunque neppure annullamento il quale è profferito a titolo di danni-interessi.

Il perchè il nostro articolo a bello studio e per un ragionevole riconoscimento de' principii della morale e del diritto serba un assoluto silenzio intorno al dolo. I motivi d'annullamento del matrimonio doveano essere e sono realmente differenti da quelli che rendono nulli i contratti ordinari. De' tre motivi generali di nullità due sono stati qui modificati (la mancanza di libertà ed il dolo); un solo (l'errore) produce i suoi effetti ordinari. 1° Si è estesa la nullità per mancanza di libertà,

perciocchè, se nelle altre ipotesi la si ammette quando la libertà è stata distrutta per violenza, qui ha luogo allorchè per qualsiasi motivo immorale siamo destituiti di libertà (art. 180 (1) 1109 e 1111 [1063, e 1065]); 2° la nullità per dolo è stata soppressa (art. 180 (2); 1109 e 1116 [1063 e 1070]); l'errore, qui come in ogni altro caso, produce annullamento purchè si versa sulla sostanza, vale a dire sulle qualità principali della cosa (art. 180 (3), 1109 e 1110 [1063 e 1066]). E chiaro poi che non potevasi annoverare fra i motivi d'annullamento d'un matrimonio la *lesione* (quella che riguarda interessi puramente pecuniari) la quale nondimeno qualche volta diviene anch'essa una causa di nullità (art. 1118 [1072]).

Del resto, si conosce benissimo, come il dolo, anche nascente da uno de' contraenti, non possa essere causa di nullità di matrimonio, ma solo può benissimo costituire un motivo di considerazione da farlo annullare per errore sulle qualità. E perverso, uno de' motivi onde la corte di Bourges annullò il matrimonio del finto barone de Ferri, fu che questi erasi reso falsario per usurparsi quel titolo. La corte senza dubbio avrebbe riconosciuto il matrimonio, se il preteso barone fosse stato un uomo onesto, ed a sua insaputa fosse stato creduto un distinto personaggio, mentre apparteneva all'infima classe della società. Il Primo Console egualmente diceva nel Consiglio di Stato, che non potevasi annullare il matrimonio contratto con un'avventuriera che si reputava una gentildonna, a meno che costei non fosse stata ella stessa autrice o complice della frode (Fenet, t. IX, p. 103).

VII. — Il diritto concesso dal nostro articolo al conjuge ingannato o non libero, di far annullare il suo matrimonio, spetta a lui solo e non è trasmissibile ai suoi eredi.

Il non potersi trasmettere questo diritto agli eredi non ha luogo come da parecchi scrittori si è detto, pel motivo che il conjuge soltanto può conoscere se egli sia stato ingannato o privato della sua libertà; essendochè si fatta ragione potrebbe applicarsi egualmente agli altri contratti, ne quali l'azione si trasmette agli eredi purchè provino l'errore o la mancanza di libertà, il che certamente non riesce loro sempre impossibile. Nè tampoco vale addurre per motivo che dopo la morte del conjuge si dee presumere o supporre che egli non volesse intenderne l'azione; imperocchè questa presunzione o supposizione avrebbe egual forza per i contratti ordinari, nei quali ciò nondimeno, il ripetiamo, l'azione

(1) Vedi la nota (3) pag. 330. (Nota del tradut.)

(2) Soppresso nelle nostre leggi civili. (N. Tr.)

(3) Soppresso nelle nostre leggi civili. (Nota del traduttore).

si trasmette agli eredi. Anzi questa supposizione potrebbe avere maggior forza ne' contratti ordinari, poichè quando si trasmette l'azione agli eredi per la morte del contraente, è possibile che sieno scorsi nove anni ed undici mesi senza che costui l'avesse promossa; mentre qui il periodo più lungo non potrebbe oltrepassare i cinque mesi o qualche giorno. Da ultimo, il conjugo potrebbe escire di vita prima di scoprir l'errore o di riacquistare la sua libertà, e quindi non potrebbe dar luogo ad alcuna presunzione; ma ciò non ostante l'incapacità d'intentare l'azione esiste sempre quanto agli eredi.

L'unica ragione di sì fatta restrizione è che il legislatore ha voluto che l'azione di nullità appartenesse soltanto a coloro, cui egli espressamente l'accorda. Nè quest'idea dee recar meraviglia in un contratto sotto tanti rapporti sì diverso dagli altri. Al tempo della discussione se ne tenne parola; alcuni consiglieri bramavano che l'azione si trasferisse ad ogni sorta di eredi; altri chiedevano che almeno si accordasse agli eredi ascendenti, e l'articolo del progetto in fatti fu redatto in questo senso. Ma esso fu rigettato, o l'articolo, come chiaramente scorgesi, stabilisce per ben due volte che il matrimonio non può esser impugnato che dal conjugo. Potrebbe ora sussistere alcun dubbio?

È mestieri quindi ritenere per massima rigorosa che il solo conjugo può intentare l'azione e che con la sua morte si estingue eziandio il diritto, quand'anche escisse di vita durante un'istanza da lui medesimo intentata. Inutilmente s'invocherebbe la vecchia massima romana: *Omnes actiones quae morte vel tempore pereunt, iudicio semel inclusae, salvae manent*; tutte le regole romane riunite a nulla varrebbero innanzi alla volontà espressa del legislatore, il quale dichiara che, nella ipotesi speciale di cui qui trattasi, lo scioglimento del solenne contratto che si è celebrato può chiedersi soltanto dal conjugo. Or, chi vi assicura che costui non abbia mutata idea o rinunziato alla sua azione?... Che che ne sia, egli è trapassato; il suo interesse, che era sacro, più non esiste, o nimmo ha diritto d'ingorriarsi. D'altra parte la citata massima, come tra breve vedremo, non ha il senso che qui le si vorrebbe attribuire.

Duranton il quale, nel n° 270 del tomo II, ci offre una lunga discussione tendente a dimostrare che il diritto di chiedere la nullità dee sempre trasferirsi agli eredi, ma che ciò non pertanto ne cava la conseguenza che bisogna ritenere che il solo conjugo abbia l'azione, Duranton, ripetiamo, di accordo con noi quanto al principio, vuole che vi si faccia eccezione nella ipotesi della regola testè notata, e poggia la sua opinione sulla pre-

tesa analogia degli art. 330 e 957 [252 e 882] (*Ibid.*, n° 271). Zachariae è del medesimo parere di Duranton (t. III, p. 262).

Paragoniamo questi due ultimi articoli al nostro art. 180 (1), e vediamo qual rapporto esiste tra questo e quelli.

Negli art. 328, 329 e 330 [250, 251 e 252] la legge discorre dell'azione onde si chiede lo stato d'un figlio, e dopo averci detto che per costui quest'azione dura sempre, ed esser imprescrittibile (art. 328 [250]) la concede quindi agli eredi, non già assolutamente, ma solo se il figlio, senza averla intentata, muoja prima di compiersi i cinque anni dopo la sua maggior età (art. 329 [251]). Nel caso poi che dopo questi cinque anni, il figlio abbia promossa l'azione e muoja durante l'istanza, l'azione può essere proseguita e continuata dagli eredi (art. 330 [252]). Sicchè innanzi tutto l'azione, in questi casi, può essere esercitata dagli eredi. In verità essa è loro negata se il figlio, senza averla promossa, muore dopo ventisei anni; e perchè? Il suo silenzio durante cinque anni di maggior età costituisce innanzi la legge la presunzione che egli non volesse agire. Ma se, più o meno lungo tempo dopo il compiersi di questi cinque anni, il figlio ha promossa l'azione, ciò distrugge perentoriamente la presunzione, e quindi i suoi eredi possono proseguire l'istanza da lui intentata. Ond'è che l'azione, la quale dovea estinguersi per effetto della sua morte, conserva tutta la sua efficacia se la procedura sia stata incominciata: *Actio quae morte perit, iudicio semel inclusa, salva manet*. E però, la circostanza che l'istanza siasi intentata dall'autore può certamente mantenere ed estinguere il diritto d'azione, allorchè questo diritto (estintosi per un avvenimento posteriore) esisteva per massima; ma non può crearlo a pro d'eredità i quali, assolutamente e per regola, sono incapaci di promuovere l'azione.

Quanto all'inapplicabilità dell'art. 957 [882], al caso di cui trattiamo, la è molto più chiara ancora. Parlasti in esso dell'azione di far annullare una donazione per l'ingratitude del donatario. La legge vi dichiara che l'azione non può essere intentata se non se fra l'anno a contare dal delitto o dal giorno in cui abbiasene potuto avere notizia, e che, durante un tal termine, potrà essere promossa sia dal donante, sia da' suoi eredi; aggiugne poscia, che trascorso il fatto periodo di tempo, si può proseguire da' suoi eredi, purchè il donante l'abbia intentata fra l'anno. Val dire che gli eredi hanno assolutamente il medesimo diritto del loro autore: possono, come costui, intentare l'azione fra l'an-

(1) Vedi la nota (3) pag. 330 (Nota del trad.)

no, e proseguirla dopo l'anno, quando è stata promossa nell'anzidetto termine. Da simiglianti ipotesi qual argomento può trarsene pel caso in cui il solo autore può promuovere l'azione, ed ogni altro, eccetto lui, è incapace ad usarne?

Demolombe (III-259), riconoscendo la efficacia di tali ragionamenti, non ammette la nostra conclusione sul riflesso che la parola *intentare* significa soltanto *cominciare a fare*. Ma siccome, per contrario, a noi sembra che la continuazione di una cosa è sempre questa cosa egualmente che il suo cominciamento, così persistiamo nella nostra opinione che il coniuge ingannato o destituito dalla sua libertà è il solo che possa far annullare il suo matrimonio.

ART. (1). — Nel caso del precedente articolo non è ammissibile la domanda per nullità, se vi sia stata coabitazione continua per sei mesi dopo che lo sposo ha acquistato la sua piena libertà, ovvero dopo essere stato da lui riconosciuto l'errore.

SOMMARIO.

- I. Il vizio del consenso si toglie la mercé di ratificazione espressa o tacita e di prescrizione. — Quando ha luogo la ratificazione tacita? — A nulla vale la provvidenza della moglie.
- II. Controverbia intorno alla ratificazione espressa. — In qual modo si effettua. Dissensione con Demolombe.
- III. La prescrizione dell'azione si compie nel decorrenza di trent'anni. Controverbia.

I. — I due vizi del consenso indicati dall'articolo precedente possono esser tolti per tre motivi, d'un solo de' quali discorrerà l'articolo in disamina: 1° per ratificazione tacita; 2° per ratificazione espressa; 3° per prescrizione.

Giusta il nostro art. 181, la ratificazione tacita risulta da una coabitazione continua di sei mesi dopo il riacquisto della libertà, o la scoperta dell'errore, nè potrebbe avere a causa quale che sia altra circostanza. Ond'è che la gravidanza della moglie sarebbe inefficace, quand'anco avvenisse dopo la scoperta dell'errore od il ricupero della libertà; essendochè dimostrerebbe semplicemente esservi stata una coabitazione qualunque, e non mica continua per sei mesi, secondo la disposizione della legge.

Nè pure sarebbe sufficiente che dal tempo indicato dall'articolo sieno scorsi sei mesi o più senza alcun reclamo per parte del coniuge; imperocchè il legislatore non richiede ciò, ma in vece sei mesi di coabitazione. Se dunque il coniuge ingannato o privato della sua libertà si è allontanato, o almeno sepa-

rato dal suo consorte, si falta circostanza offrendo piuttosto una protesta, anzichè una ratificazione, il suo silenzio non rinnoverebbe la nullità, eccetto per prescrizione, allorchè lo avesse serbato per lo periodo di trent'anni, come si dirà al n° III.

II. — Atteso che il coniuge ratifica il suo matrimonio e lo rende inoppugnabile la mercé d'una coabitazione continua per sei mesi senza alcun reclamo, ci sembra evidente che lo ratificherebbe egualmente, ed in modo vie più soddisfacente, formalmente esprimendo il suo consenso, dopo il riacquisto della sua libertà o la scoperta dell'errore. Imperciocchè per qual motivo la coabitazione continua per sei mesi produce la ratificazione? perchè vi si vede un'approvazione, non espressa ma certa, del matrimonio da prima annullabile, la quale è assai meno equivoca allorchando si effettua per mezzo d'una dichiarazione espressa e *ad hoc*.

Nulladimeno si fatta dottrina non è da tutti abbracciata. Si obietta che il testo della legge non stabilisce punto questa ratificazione espressa, e si adduce per ragione che il legislatore ha riposta maggior fiducia in un consenso materialmente manifestato con fatti quotidianamente ripetuti durante sei mesi, anzichè nel consenso forse per irreflessione prestatosi istantaneamente, o del quale il coniuge un momento dopo potrebbe averne rinerescimento. Si fatta considerazione non è senza gravità; ma noi non ne sapremmo dedurne l'impossibilità d'una ratificazione formale. I tribunali, all'uopo, potranno sempre decidere che l'atto di cui è parola non costituisca una ratificazione sufficiente; ma sembraci strano fermare per massima la nullità di ogni approvazione espressa. Il consenso del coniuge non può esser privato di quest'effetto riabilitante, allorchè il matrimonio è annullabile, non per difetto di formalità o per qualche altro motivo, ma unicamente e precisamente per l'insufficienza primitiva del consenso. Il silenzio del nostro articolo sembraci piuttosto favorevole che contrario alla nostra decisione. La legge, specificatamente a causa della forza, incontestabile in questa ipotesi, d'un consenso formalmente prestatosi, ha avuto cura di stabilire in un modo certo la ratificazione tacita, le cui condizioni non erano particolarizzate dall'antico diritto (Pothier, n° 318); mentre poi ha stimato inutile parlare della ratificazione espressa, la quale non può porsi in dubbio e sempre si è ammessa (*Ibid.*, n° 309). Della medesima opinione è anche Demolombe (III-264).

Del resto, e vi si ponga mente, bisognerà che la volontà di riabilitare il matrimonio

(1) Articolo soppresso nelle nostre leggi civili per le ragioni dette nella nota (3) pag. 336 (N. T.)

non sia punto dubbiosa; e deesi quindi evitare di stabilire per principio, come ha fatto Duranton (II-283, in nota), che essa risulterebbe, contro il marito, dal fatto d'aver costui autorizzato sua moglie a far contratti o a star in giudizio. In fatti, un mese dopo la scoperta dell'errore nel quale io era, è mestieri che mia moglie faccia quel contratto ovvero intenti quell'azione; io, per non nuocere ai suoi interessi, m'affretto di darle l'autorizzazione senza della quale non potrebbe far nulla. Ma che mai potrà concludersi da ciò? Il fatto incontrastabilmente dimostra che avvi matrimonio tra noi, ma per nulla che io abbia l'intenzione di lasciarlo sussistere sempre. Questo medesimo fatto non ha potuto impedirmi che io mi fossi consigliato o che mi consigli prima d'intentare un'azione così grave quanto quella d'annullare questo matrimonio, e per la quale la legge mi accorda ancora cinque mesi di riflessione. Senza dubbio, la ratificazione in questa ipotesi potrebbe risultare, come dice Demolombe (III-265), da termini dell'autorizzazione o da qualche altra circostanza speciale; ma non potrà giammai dedursi dal fatto di aver data un'autorizzazione.

III. — Tutte le azioni stabilite dalla legge civile perdono la lor forza, si prescrivono dopo un tempo più o meno lungo, eccetto quelle dichiarate imprescrittibili da una disposizione speciale. Ond'è che l'azione di nullità, stabilita dall'articolo precedente, si prescriverebbe se non intervenisse alcuna ratificazione espressa o tacita. Per effettuarsi questa prescrizione qual termine dee scorrere?

Duranton (II-278), Valette (I, p. 433) e Demolombe (III-268) ricorrono all'art. 1304 [1258], il quale dichiara che le azioni di nullità d'una convenzione si prescrivono col decorso di dieci anni. Ma questa regola del titolo delle *Obbligazioni convenzionali*, come la maggior parte delle altre del medesimo titolo, non hanno alcun rapporto col matrimonio, il quale ha la sua organizzazione separata e le sue regole speciali. Gli art. 1304 e seguenti sono il complemento e la pratica degli art. 1109 a 1118 [1063 a 1072], i quali spiegano i quattro motivi di nullità de' contratti ordinari: l'errore, la violenza, il dolo e la lesione. Or abbiamo veduto al n° VI dell'articolo precedente che la legge, nell'organizzare il suo sistema d'annullamento del matrimonio, non ha punto adoperato ai fatti elementi. La regola dell'art. 1304 [1258], stabilita per i contratti ordinari, per i contratti *pecuniari*, appartiene quindi ad un ordine d'idee che qui non ha alcun rapporto; e l'azione di nullità d'un matrimonio, non essendo l'obbietto dell'art. 1304, di necessità le si dee applicare la disposizione dell'art. 2262

[2168] la quale dichiara che ogni azione si prescrive col decorso di trent'anni (*Conf. Zachariae*, III, p. 263).

189 (1). — Il matrimonio contratto senza il consenso del padre o della madre, degli ascendenti o del consiglio di famiglia ne' casi in cui tale consenso era prescritto, non può essere impugnato, fuorchè da coloro il consenso de' quali era richiesto; ovvero da quello sposo, a cui era necessario il consenso medesimo.

SOMMARIO.

- I. Seconda nullità relativa. — Essa ha luogo per mancanza di consenso e non per difetto di consiglio o di parere.
- II. A coloro, la cui autorità fu messa in non cale, si appartiene unicamente l'azione d'impugnare il matrimonio celebrato.
- III. Conseguenza pel matrimonio d'un figlio autorizzato minore che non abbia né padre, né madre. Solo da lui può dimostrarsi la nullità. Dimostrazione con Zachariae.

I. — Come si è osservato, noi abbiamo nei due articoli precedenti esposta una prima causa di nullità puramente relativa; dall'articolo presente poi e dal seguente si prevede una seconda nullità, relativa del pari come la prima, la quale ha luogo allorchè non si è ottenuto il consenso di coloro senza la volontà de' quali il matrimonio non poteva celebrarsi. In questo caso l'azione è data a colui ed a coloro da eni non si è prestato il consenso dalla legge dichiarato indispensabile, ed al conjuge cui tale consenso avrebbe dovuto esser d'egida.

Si ammette la nullità unicamente per la mancanza di consenso e non per la mancanza di consiglio o di parere. Così non si potrebbe dimandare la nullità del matrimonio contratto da un figlio maggiore di venticinque anni o da una figlia maggiore di ventun anno, pel motivo che costoro non ne avessero dato avviso ai loro ascendenti; in questa ipotesi vi sarebbe soltanto luogo contro l'uffiziale pubblico all'ammenda ed alla prigionia pronunziate dall'art. 157 [171]. Parimenti non potrebbesi dimandare la nullità del matrimonio del figlio minore celebrato col consenso del padre, senza per altro che la madre tuttora esistente fosse stata consultata; ovvero, se morti entrambi i genitori, si fosse celebrato col consenso degli ascendenti di una linea senza consultare quelli dell'altra. In fatti nella prima ipotesi non era mestieri del consenso della madre, e nella seconda, non eravi uopo di quello della linea non consultata; poichè essendovi disparere tra il padre e la madre o tra le due

(1) Questo articolo anche fu soppresso nella compilazione delle nostre leggi civili. Vedi la nota (3) pag. 430. (*Il traduttore*).

linee, è sufficiente il consenso del solo padre o d'una delle due linee (art. 148 e 150 [163 e 164] (1)). Da ciò ne segue che nella ipotesi, da noi preveduta spiegando l'art. 150 [164], d'un giovane al quale, essendo morti i suoi genitori, nonchè gli avi e le avole, fossero ancora viventi oltre i suoi due bisavoli e hisavole paterni, anche un solo bisavolo e due bisavole materne, se egli si maritasse col consenso d'una di queste bisavole materne, che è vedova, senza consultare alcuno degli altri sei ascendenti, il suo matrimonio sarebbe inoppugnabile.

II. — Esaminiamo ora con qual ordine e secondo quali regole potrà intentarsi l'azione di nullità dagli ascendenti o dal consiglio di famiglia.

Noi non ignoriamo già che l'azione di nullità di matrimonio rigorosamente si appartiene a coloro, cui espressamente la legge la concede; ed or dal nostro articolo sappiamo che il matrimonio può essere impugnato da coloro del cui consenso eravi uopo. L'azione quindi è esclusivamente riservata a coloro la cui permissione era veramente necessaria, nè può trasferirsi, per la morte di un ascendente, ai suoi eredi od ascendenti superiori. Così, allorchè un figlio minore si è maritato, vivente il padre e la madre, senza il consenso di alcuno di costoro, l'azione si apparterrà al solo padre, poichè il solo suo consenso era indispensabile. Or a noi pare che da ciò legittimamente possa dedursi, ad onta dell'opinione contraria degli scrittori (Duranton, II-287; Vazeille, I-266; Zachariae, III, p. 268; Demolombe, III-272), che per la madre vi sarebbe carenza d'azione, quand'anco il padre fosse trapassato dopo pochi giorni dalla celebrazione del matrimonio. Ond'è che il matrimonio del minore, che avea ancora sua madre ed un avo, e che non ne avea ottenuto alcun consenso, è inoppugnabile per parte dell'avo non pure fino a che la madre è vivente, ma anche dopo la di lei morte; sul riflesso che si è disconosciuta la di lei autorità, non richiedendo il di lei consenso che era unicamente necessario.

Allorchè non si è ottenuto il consenso del consiglio di famiglia, necessario per un matrimonio, questo non si potrà annullare in nome d'uno de' suoi vari membri; imperocchè non eravi necessità del suo consenso speciale. L'azione deve essere esercitata in nome dell'intero consiglio, il quale all'uopo dovrà riunirsi per deliberare, ed affidarne la cura d'intentare l'azione al tutore, ovvero ad alcuno de' suoi membri, come suo rappresentante. Se nel periodo di tempo tra

la celebrazione del matrimonio e l'esercizio dell'azione, il consiglio fosse stato rinnovato, a mo' d'esempio per la morte di uno, di molti ovvero della totalità de' suoi membri, e questi da altri nuovi fossero stati surrogati, il diritto di agire gli si apparterebbe tuttavia, poichè è sempre lo stesso consiglio di famiglia. In fatti i consigli di famiglia non sono altro che una persona morale, un essere collettivo il quale rimane identicamente lo stesso, quale che sia il cambiamento ne' suoi membri. Sarebbe però altrimenti se il consiglio di famiglia in realtà avesse cessato di esistere. Se una persona, per esempio, che non ha più ascendenti, si è maritata a vent'anni e mezzo senza il consenso del suo consiglio di famiglia, ed i parenti dopo sette mesi hanno notizia del matrimonio, l'azione non si potrà più intentare, quantunque secondo la disposizione dell'art. 183 (2) si abbia un anno per agire, il quale comincia a decorrere dal dì della cognizione del matrimonio; e ciò per la ragione che dopo sei mesi dalla celebrazione del matrimonio, il conjuge ha raggiunta la sua maggior età, e quindi fin da quel tempo ha cessato d'esistere il consiglio di famiglia.

III. — Da' principii finora stabiliti, deducesi tra l'altro la seguente notevole ed interessante conseguenza, cioè che il matrimonio d'un minore, figlio naturale non riconosciuto, ovvero i genitori del quale legalmente cogniti sono morti o sono nell'impossibilità di manifestare la loro volontà, sia sempre inoppugnabile per parte di colui il cui consenso era necessario per contrario. Ed in vero, in questa ipotesi d'un figlio naturale minore che è privo d'autore legalmente cognito, non è uopo del consenso del consiglio di famiglia, quand'anco ne esistesse uno, ma bensì di quello d'un tutore *ad hoc*. Or questo tutore *ad hoc* non avendo altra missione, altro potere se non di consentire o pur no al matrimonio progettato, ne segue che quando non v'è matrimonio a celebrarsi, non v'è neppure tutore *ad hoc*. La celebrazione del matrimonio non toglie giammai all'ascendente la sua qualità d'ascendente, nè al consiglio di famiglia quella di consiglio di famiglia; ma per l'opposto dà termine alla tutela *ad hoc*, la quale come dal suo nome risulta, erasi data per una cosa, e questa cosa non ha più luogo. Se poi il tutore *ad hoc* non ancora fosse stato nominato, è chiaro che non visarebbe alcuno che avrebbe la qualità di dimandare la nullità del matrimonio; ma è evidente d'altra parte, che il figlio medesimo ne avrebbe tutto il diritto, a causa della

(1) Vedi la nota (5) pag. 269, ove abbiamo marcato la differenza che intercede tra l'art. 450 francese Marcadé T. I.

* l'articolo 464 delle nostre leggi civili. (Il trad.)

(2) Soppresso nelle nostre leggi civili. (Il trad.)

mananza di protezione di cui avea bisogno.

Zachariae intanto insegna (III, p. 272) che il figlio non avrebbe un tal diritto, e che il matrimonio per conseguenza è in questo caso da per ogni lato inoppugnabile. Egli fonda la sua opinione, evidentemente inammissibile, su queste due false idee: 1° che il nostro articolo è il solo testo che indica in quali casi il matrimonio è nullo per mancanza di consenso delle persone da cui dipende lo sposo, e che 2° parlando esso articolo de' soli ascendenti e del consiglio di famiglia, esclude il caso del tutore *ad hoc*. Primieramente egli è evidente che per ben comprendere l'effetto legale della mancanza di concorso delle persone dalle quali lo sposo dipende, non bisogna giudicare dal caso speciale d'un articolo isolato, ma prendere in considerazione l'intero sistema che si è adottato.

Or si fatto sistema non emerge unicamente dal nostro articolo, ma deriva da una parte dalla combinazione e dall'insieme degli art. 148, 149, 150, 156, 158 1° comma, 159, 160, 182 e 192 [163, 164, 170, 173, 173, 174], e dall'altra dagli art. 151, 152, 153, 157, e 158 1° comma [166, 167, 171, e 172]. Dal confronto di questi differenti testi chiaramente risulta: 1° che i matrimoni si dividono in due grandi classi: quelli pe' minori (minori quanto al matrimonio) pe' quali è uopo ottenere il consenso; e quelli pe' maggiori, pe' quali è sufficiente di chiedere consiglio; 2° che gli effetti della omissione di chiedere consiglio, in primo luogo si riducono al solo diritto d'opposizione, e, dopo contratto il matrimonio, alla condanna contro l'uffiziale pubblico di 300 fr. d'ammenda e di un mese di prigionia; mentre gli effetti del rifiuto del consenso sono, oltre il diritto di opposizione, la stessa ammenda di 300 fr. con sei mesi di prigionia, e di più la nullità del matrimonio. Dunque la nullità del matrimonio ha luogo ogni qual volta la legge richiede un consenso e non un semplice consiglio, quale che sia peraltro la persona di cui si richiedeva il consenso.

Ma quand'anco il solo nostro articolo ci manifestasse in quali casi il matrimonio fosse nullo per mancanza di concorso delle persone da cui il conjugato dipende, è vero poi che i termini di questo stesso articolo vietano d'applicare la nullità al caso d'un tutore *ad hoc*? È vero che l'articolo parlando dei matrimoni pe' quali è mestieri il consenso degli ascendenti o della famiglia, ha ciò fatto in opposizione di quelli pe' quali la legge prescrive il consenso d'un tutore *ad hoc*? No; le espressioni della famiglia o del consiglio di famiglia sono usate dal legislatore nel nostro articolo come pure nell'art. 156 [170]

per tutti i casi in cui non esistono ascendenti. Esse si applicano al consiglio composto di parenti ed a quello di estranei attesa la mancanza o l'impedimento de' parenti, ed al medesimo caso d'un tutore *ad hoc*, poichè se in tale ipotesi non è il consiglio che acconsente o rifiuta, è almeno colui che sceglie il tutore che dee rifiutare od acconsentire. Per questa medesima ragione non fu preso in considerazione la domanda del Tribunale il quale chiedeva che le parole consiglio di famiglia fossero seguite da quelle di tutore o curatore (Fenet, t. IX, p. 122). A dir vero, il tutore *ad hoc* è sempre inammissibile a promuovere l'azione, non già perchè il testo del nostro articolo sarebbe insufficiente ad autorizzarlo, ma perchè l'effettuazione del matrimonio lo priva della sua qualità di tutore, come la maggior età del figlio legittimo dà termine all'autorità del consiglio di famiglia: l'individuo che era tutore, i parenti che erano membri del consiglio, esistono sempre; ma il consiglio propriamente ed il tutore han cessato di esistere, di tal che, ne' due casi, non esiste più l'autorità che è stata messa in non cale.

Egli è facile dimostrare come nelle parole famiglia, consiglio di famiglia vada incluso anche il tutore *ad hoc*. E per vero, se altrimenti la cosa fosse, l'articolo 156 [170] che commina sei mesi di prigionia all'uffiziale il quale non si è assicurato dell'esistenza del consenso richiesto, rimarrebbe inapplicabile al caso di questo tutore; e quindi, siccome l'articolo 157 [171] che sanziona la pena di un mese di prigionia, è relativo al caso di semplice consiglio, ne seguirebbe che l'uffiziale, il quale senza alcun consenso avesse celebrato il matrimonio di un figlio naturale minore non avente autore legalmente noto, sfuggirebbe l'una e l'altra pena. Anzi, se a modo di Zachariae giudicatamente si volesse argomentare dalle parole della legge, bisognerebbe dire che la prigionia di sei mesi, nella quale, secondo l'articolo 156 [170], incorre l'uffiziale quando il consiglio si compone di parenti dello sposo, non gli sarebbe applicabile, se fosse composto d'individui non parenti, attesochè l'articolo parla del consenso della famiglia, e gli estranei non fanno al certo parte di essa... Ma infine senza andar più oltre, ed accettando la dottrina di quest'autore tal quale per lui ci è offerta, è mestieri inferirne che l'uffiziale, il quale celebra il matrimonio di un individuo di trentacinque o quarant'anni, figlio naturale, riconosciuto da una donna tuttora vivente, senza essersi a costei chiesto il consiglio, quest'uffiziale dovrà soggiacere alla prigionia di un mese, e sarà poi esente da qualunque pena se procede al matrimo-

nio di un figlio naturale di quindici o sedici anni, senza il consenso di un tutore l

Laonde a noi sembra chiaro che le parole *consenso della famiglia, del consiglio di famiglia*, si riferiscano a tutte le ipotesi nelle quali il consenso dee darsi da persone che non sono ascendenti; e, per conseguente, crediamo che il nostro articolo conceda l'azione di nullità ad ogni minore maritatosi senza il consenso di coloro, cui la legge lo sottopone. Ed in vero, come mai possiamo ammettere aver il legislatore ad un giovane di ventiquattro anni, maritatosi senza il consenso d'un ascendente, voluto concedere il diritto di chiedere la nullità del suo matrimonio per mancanza di protezione, e poi negarlo ad una giovinetta di quindici anni maritatasi senza il consiglio d'alcuno? (*Conf. Duranton*, II-294; *Valette*, I, p. 434; *Allemand*, I-572; *Demolombe*, III, 278).

183 (1). — L'azione di nullità non può essere proposta nè dagli sposi, nè da' parenti, il cui consenso era richiesto, ogni qual volta il matrimonio è stato approvato espressamente o tacitamente da quelli il cui consenso era necessario, o quando dopo la notizia del contratto matrimonio sia trascorso un anno senza alcun loro reclamo. Parimenti non può essere proposta dallo sposo, trascorso un anno senza suo reclamo, dopo che è giunto all'età competente per acconsentire da sè stesso al matrimonio.

SOMMARIO.

- I. Il vocabolo *paragi* indica tutti coloro che debbono dare il consenso.
— La loro ratificazione espressa o tacita estingue l'azione del figlio, ma la ratificazione di costui anche espressa o tacita non estingue quella dei parenti.
- II. La ratificazione degli ascendenti d'una linea estingue l'azione dell'altra linea.
- III. La ratificazione del figlio può essere parimenti espressa o tacita.
— Qual è l'età competente di cui parla l'articolo?

I. — Egli è evidente che secondo il pensiero della legge queste parole del nostro articolo, *da' parenti il cui consenso era richiesto*, indicano tutte le persone, qualunque esse sieno, il cui consenso era necessario. E però comprendono, secondo i casi, i membri del consiglio di famiglia, quand'anco questo consiglio per intero fosse composto d'amici, non essendo allora, per così dire, che la famiglia legale dello sposo.

Il testo c'indica due cause, per le quali ces-

(1) Questo articolo, per le ragioni espresse nella nota (3) pag. 336 neanche fu riprodotto nelle nostre leggi civili. (*Nota del traduttore.*)

sa la nullità di cui è parola. L'una, la ratificazione de' parenti, estingue l'azione assolutamente, sì per lo sposo come per i parenti medesimi; l'altra, la ratificazione dello sposo, la estingue soltanto rispetto a lui.

L'assentimento prestato da' parenti al matrimonio, sia espressamente, sia tacitamente, estingue del tutto l'azione, e così e non altrimenti doveva essere. Imperocchè che cosa mancava al matrimonio per rendersi inoppugnabile? Null'altro che il loro consenso; quindi come mai potrebbero dimandare la nullità dopo essersi quello prestato? Il consenso posteriore de' parenti può essere espresso o tacito; ed è chiaro che è uno dei casi di ratificazione tacita il silenzio da essi serbato durante un anno dal dì in cui hanno avuto conoscenza del matrimonio. E però l'articolo offresi una viziosa redazione indicando come due circostanze distinte, quella in cui il matrimonio è stato tacitamente approvato, e quella in cui è scorso un anno senza alcun reclamo. Peraltro questo vizio di redazione ci dà a vedere che, secondo il pensiero della legge, la ratificazione tacita possa anche da tutt'altre circostanze risultare che dal silenzio serbatosi per un anno. Così, per esempio, se i parenti dello sposo maritatosi senza il consenso necessario, hanno ammesso nella loro casa frequentemente e cordialmente il suo consorte, se gli hanno dati segni non equivoci di stima e d'amicizia, per questo solo fatto potrebbero dichiararsi inammissibili nell'azione che volessero in seguito intentare, malgrado che fossero scorsi soli due o tre mesi dopo la conoscenza del matrimonio. Ogni qual volta però che non si potrà addurre contro i parenti un convincente motivo, e la prova del consenso si limiterà nel solo silenzio da essi serbato, questo non potrà allegarsi se non dopo un anno dal giorno della conoscenza del matrimonio.

II. — È chiaro che l'azione non potrà più intentarsi allorchè ha avuto luogo la ratificazione per parte d'una persona il cui consenso rendea possibile il matrimonio. Quindi, se un figlio minore, dipendente da due suoi avi, paterno e materno, ha contratto matrimonio senza consenso, finchè non interviene alcuna ratificazione, l'uno o l'altro de' due anzidetti ascendenti può intentare l'azione; ma se l'un di essi lo ratifica, espressamente o tacitamente, il diritto d'azione si estingue per entrambi, non ostante che l'azione si fosse già intentata quando ha avuto luogo la ratificazione del primo (*Conf. Valette* I, p. 435; *Duvergier*, I-614; *Demolombe* III-375).

III. — La legge, stabilendo la ratificazione tacita del conjuge maritatosi nella sua mi-

nore età senza il consenso de' suoi ascendenti o della sua famiglia, non tiene parola della ratificazione espressa. Da ciò forse bisogna dedurre che quest'ultima specie di ratificazione non abbia alcun effetto, e che il conjugato malgrado la ratificazione formale da lui fatta dopo esser pervenuto alla sua maggior età di matrimonio, conserverebbe sempre la facoltà d'agire? Noi siamo di contrario avviso. Ed in vero, perchè il conjugato, allorchè conta l'età in cui può contrarre matrimonio ad onta de' suoi parenti, non può distruggere da sè stesso l'azione di nullità per via di rinunzia, che i tribunali, ne siamo sicuri, giudicherebbero libera e matura? Secondo l'antico diritto egli ne avea il potere (Pothier, *contratto di matrimonio*, n. 447); ed il legislatore di certo avrebbe espressa la sua volontà, se avesse voluto che la cosa fosse andata altrimenti (Veg. il n.° II dell'art. 181 (1)).

La ratificazione tacita del conjugato, a differenza di quella de' parenti, non può risultare da ogni qualsiasi circostanza, ma soltanto dal silenzio serbato durante un intero anno da computarsi dal momento in cui egli avrà raggiunta l'età prescritta per consentire da sè stesso al matrimonio. Ma quanti anni si richiedono? Sempre ventuno per le femine (art. 148 [163]), ed altrettanti per i maschi se al tempo del loro matrimonio non avessero più ascendenti in istato di manifestare la loro volontà (art. 160 [174]). È necessaria la stessa età per colui, al quale morisse dopo il suo matrimonio l'unico ascendente da cui dipendeva? Toullier e Durvergier (I-615) insegnano che sempre ed indistintamente richiedonsi ventun anno; ma quest'idea, generalmente rigettata (2), è inammissibile al pari di quella che in ogni ipotesi richiedesse venticinque anni.

Rispetto al matrimonio l'uomo è maggiore: 1° quando ha venticinque anni; 2° quando, contando almeno ventun anno, non ha ascendenti legittimi o legalmente cogniti in istato di consentire. Dunque l'anno, allo spirar del quale egli effettua la ratificazione tacita dee andar calcolato dal momento in cui il conjugato di cui parliamo si troverà in una delle due anzidette circostanze. Così, suppongasì che un giovane maritatosi a ventun anno senza il consenso dell'unico ascendente che gli rimaneva, perda quest' ascendente dopo sei mesi; siccome da quest'epoca egli

trovasi nelle condizioni richieste per poter contrarre matrimonio senza bisogno del consenso di chicchessia, così il suo silenzio, quand'egli sarà pervenuto all'età di ventidue anni e mezzo, darà luogo alla ratificazione tacita prescritta dal nostro articolo. — Viceversa, supponiamo che il giovine, al tempo del suo matrimonio, aveva ancora suo padre ed un'ava, e che il padre morisse quando egli giugne all'età di ventidue anni; avvegnachè si fatto accidente estingue l'azione che compete al padre, azione che non è affatto trasmissibile all'ava, non pertanto, siccome il giovine non è per anco nelle condizioni richieste per maritarsi senza nessun consenso, così l'anno che fa presumere la ratificazione non può cominciare a decorrere, e se l'ava continua a vivere, il giovane allora soltanto addiverrà maggiore pel matrimonio quando avrà venticinque anni, epoca dalla quale decorrerà l'anno in cui potrà effettuarsi la ratificazione. Similmente egli non potrà formalmente ratificare il suo matrimonio che a venticinque anni compiuti.

184 (3). — Ogni matrimonio contratto in opposizione al disposto negli articoli 144, 147, 161, 162 e 163 [152, 155, 158, 160 (4)] può essere impugnato tanto dagli sposi, quanto da tutti quelli che vi hanno interesse, e dal ministero pubblico.

SOMMARIO

I. Nullità assoluta. — Della stessa causa calpeste può intentarsi l'azione.

II. Quale dev'essere il motivo che autorizza l'altro ad intentarla.

I. — Siamo finalmente giunti alle nullità assolute. Se ne contano cinque, di cui tre sono indicate dal nostro articolo, e le altre due dall'art. 191 (5). Esse sono:

1° L'impubertà al tempo del matrimonio de' coniugi o di un solo di essi, vale a dire la circostanza che il marito aveva meno di diciotto anni, o la moglie meno di quindici (art. 144 [152]); questo caso è preveduto non solo dal nostro art. 184, ma anche dagli articoli 185 e 186 (6);

2° L'esistenza d'un anteriore matrimonio valido (art. 147 [155]); ipotesi regolata sì dal nostro articolo come da due articoli 188 e 189;

3° La parentela de' coniugi in grado proibito (art. 161, 162 e 163 [158 e 160 (7)]);

(1) Vedi la nota (1) pag. 287. (Nota del trad.)

(2) Soppresso dal nostro legislatore. Vedi la nota (3) pag. 330. (Nota del traduttore).

(3) Vedi la nota (3) pag. 330. (Nota del trad.)

(4) Gli articoli 162 e 163 del codice francese furono fusi presso noi nel solo articolo 166. Vedi la nota (1) pag. 287. (Nota del traduttore).

(1) Soppresso nelle nostre leggi. Vedi la nota (3) pag. 330. (Il traduttore).

(2) Merila (*Rep.*, v. Matr., § 2), Duranton (II-307), Vazeille (I-271), Zachariae (III, p. 370), Vallette (I, p. 436), Demolombe (III-284).

(3) Articolo soppresso nella nostra legislazione. Vedi la nota (3) pag. 330. (Nota del traduttore).

4. La mancanza di pubblicità del matrimonio (art. 191);

5. La incompetenza dell'uffiziale che lo ha celebrato (*ibid.*).

In questi cinque casi, la nullità del matrimonio può essere invocata: 1° da' medesimi coniugi; 2° dal ministero pubblico; 3° da ogni individuo interessato a proporla.

1° Ordinariamente e per massima, una persona non può trarre partito dal suo proprio fallo; il perchè non può intentare un'azione che si fonda sul delitto di cui ella medesima si è resa colpevole: *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Qui però è ben diverso, e per distruggere con più sicurezza i matrimoni di cui trattiamo, la legge, negli art. 184 e 191, permette ai due coniugi e per conseguenza al consorte bigamo, per esempio, come anche all'altro, di promuovere l'azione di nullità.

2° Il ministero pubblico, mandatario e rappresentante legale della società relativamente all'offesa che i matrimoni di cui ci occupiamo apportano ai buoni costumi, è tenuto a dimandarne la nullità ed a farne separare i coniugi; ma siccome questo grave interesse della società non esisterebbe ove l'illegale matrimonio si sciogliesse per la morte d'uno de' coniugi, così egli in questa ipotesi sarebbe affatto privo di azione. Il ministero pubblico quindi ha diritto ad agire sol quando entrambi i coniugi sono viventi (art. 190.)

3° Da ultimo, l'azione di nullità è concessa ad ogni individuo che abbia per l'annullamento un interesse morale o pecuniario.

II. — Essa innanzi tutto per un interesse morale compete: 1° allo sposo in pregiudizio del quale si è contratto un secondo matrimonio (art. 188); 2° agli ascendenti ed al consiglio di famiglia, cui per la sola loro qualità cade eminentemente il buon costume nella famiglia.

Per la qual cosa, l'azione non compete esclusivamente agli ascendenti più prossimi, in guisa che si trasmette agli avi, per esempio, sol quando il padre e la madre sieno trapassati o nella impossibilità di manifestare la loro volontà, o pure nel caso che si sieno rifiutati ad agire; essa per l'opposto è concessa a tutti gli ascendenti in generale. Qui non trattasi di non aver ottenuto il consenso necessario, e quindi colui che dovea darlo agisce per il fatto motivo; al contrario, ciascuno degli ascendenti, quale che sia il grado cui appartenga, è direttamente interessato al mantenimento de' co-

stumi, ed ognuno di essi per conseguenza è compreso nella regola generale che concede l'azione a *tutti coloro che vi hanno interesse*. Sono però eccettuati i parenti che, nel matrimonio contratto da un impubere, hanno prestato il loro consenso. Il perchè se una giovinetta si è maritata di quattordici anni col consenso de' suoi genitori, costoro non possono impugnare il matrimonio; ma non ne cessa per ciò l'azione negli ascendenti più lontani (art. 136 [170]). Quel che ci dimostra che la regola del nostro articolo ha, giusta il pensiero del legislatore, la generalità che noi le attribuiamo, è soprammodo l'eccezione dell'art. 186, il quale, nel caso speciale di cui favella, togliendo l'azione ai parenti grado diverso, suppone certamente per massima che tutti ne avevano l'esercizio (1).

Del resto nella sola nullità per impubertà, i parenti che hanno prestato il consenso sono destituiti di azione. Nelle altre quattro nullità, per bigamia cioè, per incesto, per clandestinità, per incompetenza, egliino hanno sempre il diritto d'impugnare il matrimonio; imperocchè il desiderio di render l'annullamento più sicuro ha avuto maggior predominio di quello di punirli, e quindi ha fatto estendere l'azione ad un più gran numero di persone.

L'interesse pecuniario, intanto, dà luogo pure al diritto d'azione, imperocchè sul proposito il nostro articolo non fa alcuna distinzione. Per la qual cosa il diritto di far pronunziare la nullità del matrimonio compete ai figli d'un primo letto, od ai parenti collaterali, per quistioni di successione; ai creditori, per far radiare l'ipoteca legale della moglie ed a tutti coloro cui tornano di pregiudizio le convenzioni matrimoniali degli sposi. Però, e vi si ponga mente, non è sufficiente per impugnare oggi il matrimonio, che un giorno o l'altro si possa essere realmente interessato all'annullamento; bisogna esserlo oggi. Nè basta un interesse eventuale, o la probabilità d'un interesse futuro, ma è necessario un *interesse esistente ed attuale*, il quale, spessissimo, rispetto ai figli d'un altro letto ed ai collaterali, avrà luogo alla morte del loro autore o del loro parente (art. 187), ma che, secondo i casi, potrebbe pure esistere prima.

Del resto è facile comprendere perchè la legge noveri i figli ed i collaterali fra gl'individui interessati pecuniariamente; imperocchè essi, rispetto ai loro genitori, non possono esercitare l'ufficio di sorvegliatori, di custodi della morale. Lo stesso è a dirsi dei p. 431), Vazeille (I-218), Zachariae (III, p. 255), Demolombe (III-304); — Lione, 22 luglio 1846; Rig. 15 novembre 1848 (Dev. 47, 2, 49; 48, 4, 673).

(1) L'opinione contraria di Toulhier (I-633) e di Duranton (II-328) è rigettata dalla generalità degli autori e dalla giurisprudenza: Merlin (*Rep.*, v° Matr., sez. 6, § 2); Proudhon e Valette (I,

collaterali: eccetto però quando sono costituiti in consiglio di famiglia: imperocchè questo (benchè si componesse di estranei, il che non gli impedirebbe d'essere la famiglia legale del futuro sposo) ha non pertanto sempre l'azione, come è pienamente dimostrato dalla disposizione dell'art. 186 mediante la sua eccezione.

185 (1). — Tuttavia il matrimonio contratto da coniugi che non erano ancora pervenuti all'età prescritta, o da uno de' medesimi che non era ancora giunto alla stessa età, non può più essere impugnato, 1.° quando sono trascorsi sei mesi dopo che lo sposo o che gli sposi hanno compiuta l'età competente; 2.° quando la donna che non era giunta a questa età, avesse concepito prima della scadenza dei mesi sei.

I. — La nullità del matrimonio contratto da un individuo impubere non potrà più dimandarsi allorchè sono scorsi sei mesi, senza alcun reclamo, a contare dal momento in cui egli ha raggiunta l'età prescritta. È questa una regola che si applica indistintamente ad entrambi i coniugi, senza tenersi conto chi de' due era impubere al tempo del matrimonio. Se poi l'uno e l'altro erano impuberi, e perciò il matrimonio suscettivo d'esser annullato a loro istanza, è chiaro che esso sei mesi dopo la pubertà dell'uno sarebbe tuttavia annullabile per parte dell'altro, e non cesserebbe d'esser affetto da questa specie di nullità, duplice per così dire, se non sei mesi dopo aver essi raggiunta la pubertà.

Oltre questa prima causa d'estinzione della nullità che può invocarsi da amendue i coniugi, avviene un'altra che riguarda la sola moglie, e che consiste nel trovarsi incinta prima di compiersi i sei mesi dopo la sua pubertà. Suppongasì, ad esempio, che una donna si mariti nell'età di quattordici anni, il suo matrimonio, non addivenendo ella gravida, durante diciotto mesi sarebbe annullabile; per l'opposito poi esso cesserebbe d'esser tale dal medesimo momento in cui si verificasse in lei la gravidanza, qualunque fosse l'epoca dell'anzidetto periodo di tempo. Quindi supposto che sei mesi dopo il matrimonio siasi intentata un'azione di nullità, poco monta da chi; questa si estinguerrebbe, se la moglie, quantunque non avesse ancora raggiunta l'età prescritta pel matrimonio, dichiarasse d'esser pregna, ed il fatto comprovasse la sua dichiarazione. Essendochè il legislatore ha creduto irragionevole permettere l'annullamento d'un matrimonio già

esistente per mancanza di pubertà, quando questa nel modo più irrefragabile si è manifestata nella moglie.

La legge però non ha voluto che la gravidanza della moglie fosse un motivo da rimuovere la nullità per impubertà del marito; imperocchè, dall'esser ella gravida, non ne segue necessariamente che il marito sia atto a generare, nè si può con certezza dire che il figlio sia suo; ond'è che la gravidanza, giusta il nostro articolo, rende inopugnabile il matrimonio per parte soltanto della moglie che non ha l'età. Inutilmente s'invocherebbe la massima fermata dall'art. 312 [324], che i figli concepiti durante il matrimonio si presumono legalmente appartenere al marito, la quale è inapplicabile alla nostra ipotesi, non già, come qualche volta si è insegnato, perchè il matrimonio, essendo nullo, non potrebbe produrre alcun effetto; ma perchè, essendo annullabile, sussiste fino a che non se ne pronunzi la nullità, e per conseguenza potrebbe per regola dar luogo all'anzidetta presunzione, se non vi si opponesse la speciale ragione che il marito avendo contratto il matrimonio prima dell'età prescritta, legalmente si ha una presunzione d'impubertà la quale combatte e paralizza quella di paternità dell'art. 312 [324]. D'altra parte, e questo poi è decisivo, il testo del nostro articolo è formale intorno a ciò, dicendo che la nullità è rimossa allorchè la moglie che non avea l'età competente è incinta.

II. — È vero che l'articolo nel suo insieme è troppo malamente redatto; poichè, giusta la sua lettera il *matrimonio contratto da coniugi che non aveano l'età prescritta non può esser più impugnato quando la moglie che non contava quella età è divenuta incinta*. Ma egli è evidente, che le sue oscure espressioni, prese letteralmente, non manifestano affatto il concetto del legislatore; essendochè se la gravidanza della moglie fosse un motivo per rimuovere la nullità per impubertà del marito, essa avrebbe dovuto produrre lo stesso effetto tanto se verificavasi nella moglie pubera che in quella impubera, nella moglie di sedici anni, ovvero in quella di tredici o quattordici, ed il legislatore certamente non avrebbe limitato la sua disposizione finale alla moglie che non avea l'età competente.

È irrefragabile quindi che de' due motivi di rimozione di nullità notati dall'articolo, l'uno riguarda la impubertà di entrambi i coniugi, e l'altro quella della sola moglie.

186 (2) — Il padre, la madre gli ascendenti nostri legislatori nelle nostre leggi civili, per le ragioni dette nella nota (3) pag. 330. (Nota del traduttore.)

(4) Articolo soppresso nelle nostre leggi. Vedi la nota (3) pag. 330.

(2) Questo articolo anche non fu riprodotto dal

denti e la famiglia che hanno acconsentito al matrimonio contratto nel caso dell'articolo precedente, non saranno ammessi a proporre la nullità.

1. — Faremo di nuovo osservare che quest'articolo, dichiarando gli ascendenti ed il consiglio di famiglia incapaci d'intentare l'azione in un caso particolare e per eccezione, senza dubbio dimostra che eglino hanno tale diritto per principio e secondo la regola generale dell'art. 184: « Tutti coloro che vi hanno interesse » (sia pecuniario, sia morale).

Oltretutto ripeteremo che si fatta eccezione, precisamente perchè è un'eccezione, dee comprendere coloro soltanto che sono indicati dall'articolo, coloro che *hanno prestato il consenso*. Ond'è che la circostanza di avere il padre, tuttavia esistente, acconsentito al matrimonio del figlio impubere, non può esser d'ostacolo all'avo od a qualunque altro ascendente di promuoverne l'azione. Nulladimeno, è risaputo che trattandosi di due coniugi, l'autorità della moglie si confonde e si perde in quella del marito; d'onde segue che se questi avesse prestato il consenso, la moglie non potrebbe, lui vivente, agire.

187 (1). — In tutti i casi ne quali, secondo l'articolo 184, l'azione di nullità può proporsi da tutti coloro che vi hanno interesse, essa non può intentarsi dai parenti collaterali, o dai figli nati da altro matrimonio, vivendo i due coniugi, se non nel caso che abbiano nu interesse preesistente ed attuale.

1. — Quel che abbiamo detto spiegando l'art. 184 è sufficiente per far comprendere che la regola del presente articolo 187 non è espressa dalle parole: *Viventi i due coniugi*, ma da quest'altre: *Allorchè vi hanno un interesse preesistente ed attuale*. La legge vuole che tutti coloro la cui azione è poggiata unicamente sopra un interesse pecuniario, possano intenderla sol quando questo sia certo e già esistente, e non eventuale, possibile, probabile. Or, senza dubbio i collaterali od i figli d'un primo letto, viventi i coniugi, potrebbero avere quest'interesse attuale: per esempio, per escludere i figli del secondo matrimonio da una successione cui il coniuge avesse rinunciato, potrebbero eglino benissimo

mo far pronunziare l'annullamento del matrimonio. Ma il più delle volte un si fatto interesse verificasi alla morte del coniuge, il che spiega la redazione del nostro articolo, il quale certo sarebbe più chiaro e nel tempo stesso corretto se dicesse soltanto: *Le persone che esercitano l'azione per un interesse pecuniario, possono intenderla sol quando questo interesse è preesistente*. L'art. 191, che riproduce la stessa disposizione, è molto meglio redatto.

188 (2). — Il coniuge, a pregiudizio del quale è stato contratto un secondo matrimonio, può domandare la nullità, vivendo quello che era seco lui congiunto.

1. — La ragione di quest'articolo è evidente. Il coniuge è annoverato fra coloro che hanno un grave interesse morale per agire, un interesse che esiste in tutta la sua forza dal medesimo momento della celebrazione illegale, e che avrebbe termine con la vita del coniuge. Egli è chiaro quindi esser la sua azione, come quella degli ascendenti o della famiglia, e per lo stesso motivo, soltanto ammissibile durante l'esistenza di quel matrimonio illegale.

189 (3). — Se i nuovi sposi oppongono la nullità del primo matrimonio, la validità o nullità di questo dev'essere preventivamente giudicata.

1. — L'esistenza d'un primo matrimonio, fosse pure annullabile, costituisce un ostacolo alla celebrazione d'un susseguente matrimonio. L'art. 147 [155] senza alcuna distinzione dice: *Non si può contrarre un secondo matrimonio avanti lo scioglimento del primo*. Ma intanto la legge pone una gran differenza tra il caso in cui il primo matrimonio è valido, e quello in cui è annullabile: nel primo caso, il secondo matrimonio dovrà annullarsi, nel secondo caso, dovrà mantenersi.

Da ciò ne segue che l'esistenza d'un primo matrimonio, allorchando è affetto da nullità, è pel susseguente un impedimento proibitivo. Dee dirsi altrettanto d'un primo matrimonio valido, quando il coniuge è assente (art. 139 (4)).

190 (5). — Il Procuratore della Repubblica, in tutti i casi, ne quali è applicabile l'articolo 184, ed osservate le limitazioni espresse nell'art. 185, può e deve domandare la nullità del matrimonio, vivendo i due con-

(1) Articolo soppresso per le ragioni addotte nella nota (3) pag. 330. (Nota del Traduttore).

(2) Soppresso nelle nostre leggi: vedi la nota (3) pag. 330. (Nota del traduttore)

(3) Vedi la nota precedente (Nota del trad.)

(4) Articolo soppresso nelle nostre leggi civili. Vedi la nota (4) pag. 243. (Nota del Traduttore).

(5) Articolo anche non riprodotto nelle nostre leggi. Vedi la nota (3) pag. 330. (Nota del traduttore.)

iugi, ed instare onde si ordini la loro separazione.

I. — Abbiamo già osservato che il ministero pubblico, per la natura medesima del motivo che dà luogo alla sua azione, può sempre intenderla viventi i coniugi, nel che consiste la differenza tra lui ed i parenti collaterali ed i figli d'un primo letto, i quali ordinariamente possono praticar ciò dopo morti i coniugi. Oltretutto abbiamo pure notato che egli può agire nel solo caso che vivono i coniugi, là dove gli ascendenti e gli altri parenti possono agire non solo vivente il coniuge, ma altresì dopo che questi sia morto; essendo che l'onore d'una famiglia offre sempre un interesse morale che non può distruggersi con la morte, ed al quale potrebbesi ben anche congiungere un interesse pecuniario.

Del resto è chiaro che l'azione di cui favelliamo deesi sempre promuovere avanti i tribunali civili, e che non bisogna confonderla con l'azione criminale che può esercitarsi dal ministero pubblico, per esempio, nel caso di bigamia (art. 340 [331] C. pen.) (1).

Se il ministero pubblico può chiedere la nullità del matrimonio ne' cinque casi preveduti dagli art. 184 e 191; senza dubbio, qualora i coniugi od altri individui dimandano la nullità d'un matrimonio da lui reputato valido, egli può del pari, anzi è tenuto, a sostenerne e farne dichiarare la validità.

191 (2). — Ogui matrimonio che non sia stato contratto pubblicamente, nè celebrato avanti il competente ufficiale pubblico, può essere impugnato dagli sposi medesimi, dal padre e dalla madre, dagli ascendenti e da tutti quelli che vi hanno un interesse preesistente ed attuale, come pure dal pubblico ministero.

SOMMARIO.

- I. Questo è quinto nullità assoluta. — La clandestinità e l'incompetenza dell'ufficiale, ritenute generalmente come due cause diverse di nullità, non sono, giusta il pensiero della legge, se non gli elementi d'un'unica nullità.
- II. Si può adattare senza inconveniente il sistema delle due nullità, a decidere di riconoscere facoltative l'una e l'altra.
- III. La morte del possessore di stato quanta due nullità possono avere in nome.
- IV. Il matrimonio clandestino non deesi confondere col matrimonio occulto; come neppure il caso d'incompetenza dell'ufficiale con la delitti sacro.

I. — La legge dopo di avere spiegato nei sette articoli precedenti le tre prime nullità

(1) I bigami per legge francese sono puniti con i travagli a tempo. Per l'articolo 334 delle nostre leggi penali costoro sono puniti colla reclusione, salvo le pene maggiori ne' casi di falso, che in questo caso non saranno applicate nel minimo del tempo. Sendo un reato la bigamia punito con pe-

assolute, che sono l'impubertà, la bigamia e l'incesto, in questo art. 191 viene a parlare delle due ultime, cioè: della clandestinità e dell'incompetenza dell'ufficiale pubblico. Le prime tre risultano dall'esistenza d'impedimenti dirimenti; e le altre dall'insosservanza delle formalità prescritte dalla legge.

Quantunque noi qui presentiamo la clandestinità e l'incompetenza dell'ufficiale, come già praticammo sotto l'art. 170 (3), quali due motivi distinti di nullità, pure a dir il vero, secondo il pensiero della legge, non sono che gli elementi d'un solo e medesimo motivo di nullità, il quale consiste unicamente e sempre nel difetto della pubblicità prescritta; di guisa che la mancanza dell'ufficiale competente deesi ritenere quale un caso di clandestinità. E vero che generalmente gli scrittori insegnano ed affermano che il legislatore le abbia considerate come due differenti casi di nullità, ma a noi sembra erronea una tale dottrina.

Innanzi tutto, filosoficamente e giusta la ragione, egli è evidente che queste due nullità debbano fondersi in una sola: imperciocchè, rispetto al matrimonio, qual è l'obbligo dell'ufficiale dello stato civile? quale è la missione ch'ei deve compiere? Esclusivamente quella di *testimone*. Non ci studiamo: il sindaco nella casa comunale, il sacerdote nella chiesa, non sono tenuti ad effettuare il matrimonio, ma ne sono soltanto gli spettatori passivi. Il sindaco ed il sacerdote non maritano, ma sono le stesse parti che si maritano; e quantunque ciò è in dubbio presso gli scrittori ecclesiastici, pure i più rigorosi teologi insegnano che gli sposi medesimi sono i *ministri del Sacramento*, e che il sacerdote è e non può essere se non il *testimone* dell'unione che si contrae dagli sposi. Ognuno sa che, durante la momentanea disorganizzazione prodotta dalla nostra Rivoluzione francese, allorchè in ogni comune da un intruso prete era stato surrogato il pastore legittimo, questi, quando avea la fortuna di potersi tener celato nel comune, avea cura, nel contrarsi un matrimonio, di porsi in un angolo della chiesa, e per si fatto modo, la mercè della semplice sua presenza, rendeva valida un'unione che senza di ciò sarebbe stata nulla secondo i canoni ecclesiastici. Or, questa missione del proprio curato, giusta le leggi della Chiesa ed il nostro antico diritto, non è la stessa di quella di cui sono stati investiti i nuovi ufficiali dello stato ci-

na criminale, l'azione per legge ne compete al Pubblico Ministero. (Nota del Trad.)

(2) Articolo soppresso nella nostra legge. Vedi la nota (3) pag. 336. (Nota del Trad.)

(3) Articolo soppresso nelle nostre leggi civili. Vedi la nota (4) pag. 306. (Nota del Trad.)

vile dal diritto intermedio e dal diritto in vigore? Non è egli evidente d'altra parte che il nostro codice non poteva attribuire loro un'utilità differente, perchè ogni altro impossibile? Leggete l'art. 75 [77], ed osservate in qual modo si effettua il matrimonio: l'uomo, alla presenza del sindaco, dichiara che egli toglie a sua moglie la tal donna qui presente, la quale fa pure la sua dichiarazione che ella toglie a marito quest'uomo, ed il sindaco pronunzia che egli sono maritati. In tal guisa l'uffiziale proclama l'effettuazione del matrimonio, e ne stendo immediatamente l'atto; ma senza la dichiarazione degli sposi avrebbe potuto aver luogo il matrimonio?... Il matrimonio dunque, siccome è stato e sarà sempre, si effettua per sola volontà delle parti: *NUPTIAS CONSENSUS FACIT* (D. 30 de Reg. jur.), e la legge, la quale dee consacrare quest'effetto della volontà sotto alcune condizioni, vuole che un funzionario ne ascolti la dichiarazione solenne e ne prenda atto in nome e nella qualità di rappresentante della società (1).

Ond'è che l'uffiziale dello stato civile non è e non può esser altro che il principal testimone, il testimone indispensabile del matrimonio. La mancanza quindi in un matrimonio del funzionario delegato per rappresentarvi la società, in altri termini, la mancanza dell'uffiziale dello stato civile equivale al difetto della pubblicità prescritta. E di vero, oltre la presenza dell'uffiziale competente, vi si esigono pure molti altri elementi di pubblicità. Per la qual cosa, le due pubblicazioni; in queste l'intervallo tra la prima e la seconda, e quello tra quest'ultima ed il

matrimonio; la presenza di quattro testimoni ordinari; la celebrazione del matrimonio nella municipalità e non in una casa particolare (2); il permettersi che il pubblico assista alla celebrazione ecc., sono altrettante circostanze che concorrono a produrre la pubblicità la quale rimane diminuita o distrutta a tenore della inesistenza di parte o di tutte le anzidette circostanze; di guisa che il matrimonio, secondo i casi, potrebbe esser annullato come clandestino, malgrado che vi fosse intervenuto l'uffiziale competente, la cui presenza costituisce uno degli elementi di pubblicità, ed arroi il più interessante agli occhi della legge (3). Gli altri elementi producono la pubblicità materiale, di fatto; ma la presenza dell'uffiziale, oltre che anch'essa potentemente vi concorre a produrla, da sè sola poi costituisce una pubblicità giuridica, civile, che non può andar disgiunta dalla prima.

Intanto conforme a questa teorica si chiara e ragionevole è quella del Codice! Ma è egli poi certo che i due primi versi del nostro articolo intendono parlare d'una sola e medesima nullità, quella per difetto di pubblicità, che o direttamente risulta dalla incompetenza dell'uffiziale, o in generale da differenti mezzi materiali di notificare il matrimonio? Secondo noi, l'affermativa non è soltanto certa, ma evidente; ed il testo medesimo della legge, il Consiglio di Stato, il Tribunale ed il Corpo legislativo ne porgono la prova.

Innanzi tutto la legge nell'art. 165 [175], in termini abbastanza chiari, ha prescritto che il matrimonio si celebrasse pubblicamente.

(1) L'opinione dell'autore è tratta da teologi più accreditati. Ecco come sul proposto la discorre S. Alfonso. — « È comune tra' dottori la sentenza che i ministri del matrimonio sono gli stessi coarctanti. La materia è la mutua tradizione del diritto che acquista l'uno nel corpo dell'altro, per le parole o segni che esprimono il consenso. La forma poi è la mutua accettazione palesata per le stesse parole o segni. A ciò contradicono Cano, Gioven; Comeau e Tournely, dicendo che il ministro del matrimonio è il sacerdote che assiste, e la forma sono le sue parole: *Ego vos in matrimonio coniungo* ec. Ma la nostra sentenza è tenuta da Belarmino, il quale la chiama comune nelle scuole (come la chiama ancora lo stesso Cano) da Gonet, Frasseu, Gabassuz, Ponzio, Abelly, Wigandt, Benedetto XIV e Fagnano, il quale dice che l'opinione opposta è pericolosa in fede; *Merbes* che asserisce lo contrario non essere stata mai probabile, ed *Enriq. Manuele*, Solo la chiamano temeraria. Per la nostra sentenza sono ancora *Scoto* e *San Tommaso*. E che gli stessi sposi e non già il sacerdote, sieno i ministri del matrimonio si prova per primo dal Concilio Fiorentino, dove si dice che la causa efficiente del matrimonio è il mutuo consenso degli sposi, dunque essi sono i ministri.

Marcadé T. I.

Per secondo si prova dal Tridentino sess. 24 cap. I. la cui dicesi, che naturalmente i matrimoni senza parroco erano già rati, cioè indissolubili Per terzo si prova dal medesimo Concilio nel luogo citato, dove si dice così: *Qui aliter quam praesente parrocho.... contrahere attentabunt, inhabiles reddit, et huiusmodi contractus nullus esse decernit*. Dunque non è nullo il matrimonio, se si fa in presenza del parroco, benchè questi taccia; ma solamente quando si fa in sua assenza: sicchè le sue parole, che suppongono i contrari essere la forma, non sono necessarie; e per conseguenza non è ministro il sacerdote del matrimonio ». — Vedi S. Alfonso nella sua opera, che ha per titolo *Istruzione e pratica per i confessori*. (Nota del traduttore).

(2) Presso noi un arresto della Corte di Cassazione del 22 aprile 1842, nella causa tra *Conti e Giovine* decide non essere essenziale, onde il matrimonio fosse produttivo di effetti civili, che la soleanza promessa fosse ricevuta nella casa comunale; essendo sufficiente per la sua pubblicità la presenza dell'uffiziale dello stato civile e di quattro testimoni. Vedi la nota (1) pag. 314. (Nota del traduttore.)

(3) Vedi la nota (2) pag. 297. (Nota del Trad.)

te innanzi l'uffiziale del domicilio d'una delle parti; nè ivi dalla medesima si è detto pubblicamente ed innanzi l'uffiziale, essendochè non trattavasi di aggiugnere un'altra idea alla prima, ma di procedere secondo questa. Nel nostro articolo pronunziata la nullità che risulta dalla violazione dell'art. 165 [175], o parlasi del matrimonio che non si è contratto pubblicamente, nè celebrato innanzi il competente ufficiale dello stato civile. Egli è vero che la proposizione è divisa in due membri in vece d'un solo come nell'art. 165 [175]; ma noi vedremo che ciò ha avuto luogo per effetto della prima redazione la quale favoriva il senso contrario e che fu rigettata nel Consiglio di Stato.

Diamo ora uno sguardo a quel che interviene nella compilazione della legge.

Nel Consiglio di Stato il nostro articolo fu da prima presentato redatto in guisa che, senz'essere sufficientemente esplicito, favoriva non pertanto il sistema della distinzione delle due nullità. Esso era così concepito: « Ogni matrimonio che non è stato contratto pubblicamente, o che non è stato celebrato innanzi, ecc. ». Si fatta redazione, mediante la particella disgiuntiva o, fermava certo la distinzione tra la nullità per difetto di pubblicità, o quella per incompetenza dell'uffiziale, o pronunziava l'annullamento del matrimonio per due motivi diversi: 1° quando questo matrimonio non era stato pubblico; 2° quando non era stato celebrato dall'uffiziale competente. Or, che cosa avvenne? Roderer criticò l'articolo, adducendo in sostegno che la celebrazione innanzi l'uffiziale competente costituisce uno degli elementi della pubblicità, di modo che il matrimonio non può esser pubblico senza tale formalità. La sua osservazione dunque tendeva a riunire le due idee che la particella disgiuntiva o separava. E di fatti, dopo alcune parole di Tronchet, nel senso della separazione, vale a dire nel senso della redazione criticata, si sostituì alla disgiuntiva o, giusta la domanda del primo opinante Roderer, la congiuntiva e la quale rimase nell'articolo (Fenet, t. IX, p. 90).

Nel Tribunale fu egualmente adottato il sistema della nullità unica per difetto di pubblicità, e ne somministrò la prova la seguente circostanza. L'art. 193 (1) si riferisce interamente all'obbietto dell'art. 165 [175] e si occupa di ogni *contravvenzione alle regole che questo prescrive*; ond'è che esso ha relazione non solo alle parole innanzi l'uffiziale civile, ma eziandio alla voce pubblicamente, e fu allogato nel Codice, a petizione del Tribunale da cui fu redatto qualo al presente

leggesi, nello scopo, si disse, di assicurare l'osservanza delle condizioni prescritte dalla legge per constatare LA PUBBLICITÀ DEL MATRIMONIO (Ibid., p. 124).

Nel Corpo legislativo, da ultimo, questo sistema d'una nullità unica si riprodusse pariemente, non più in modo virtuale ed implicito, ma in termini espressi e positivi. Ecco quel che disse, intorno al nostro articolo, l'oratore del Governo, Portalis: « La più grave di tutte le nullità è quella che risulta dal matrimonio che non si è celebrato pubblicamente ed in presenza dell'uffiziale civile competente... testimone necessario del contratto. » (Ibid., p. 172).

Invano Demolombe ci risponde (III-298) che l'art. 193, parlando di contravvenzione alle regole dell'art. 165 [175], suppone distinte le due regole che noi confondiamo. Imperocchè la pubblicità (di cui l'art. 165 [175] ferma il principio, unico nel suo insieme) consistendo in molteplici regole (non in due semplicemente, ma in un numero grandissimo), è evidente che a queste diverse regole si riferiscono le parole ogni contravvenzione ecc., o che non trattasi tassativamente di due regole, ma d'ogni violazione ad una delle regole sì numerose della pubblicità.

II. — Intanto dal perchè la legge, primieramente nell'art. 165 [175] e quindi nel nostro art. 191 il quale ne è la sanzione, intende soltanto parlare d'un principio unico, la pubblicità, la cui violazione produrrebbe l'annullamento, ne risulta che l'art. 193 prevedendo che le contravvenzioni al citato articolo 165 potranno giudicarsi insufficienti per far profferire la nullità, concede al sano criterio de' tribunali una piena latitudine per giudicare, in ogni caso particolare e secondo le circostanze di ciascun fatto, se vi abbia o pur no pubblicità sufficiente per esser mantenuto il matrimonio.

E di vero, la pubblicità risultando da cento diversi elementi, sarebbe stato molto imprudente per parte del legislatore, anticipatamente ed in modo assoluto, dichiarare clandestino il matrimonio pel quale si fosse ommessa questa o quella formalità. Non potrebbero quindi annullare per difetto di pubblicità l'unione celebrata dall'uffiziale competente, in presenza di due soli testimoni in vece di quattro, dopo essersi fatte le pubblicazioni in parecchi comuni; neppure quella di cui non si è fatta alcuna pubblicazione, per essersi trascurata l'affissione dell'avviso, ma che per altro da tutta la città era conosciuta il progetto; o da ultimo quella contratta innanzi un ufficiale incompetente, ma senza trascurare neppure uno di tutti gli altri elementi di pubblicità. Altrettanto desi-

(1) Vedi la nota (3) pag. 330. (Nota del Trad.)

dire del matrimonio che si è celebrato in una casa particolare; imperocchè la celebrazione nella casa comunale, quantunque prescritta dall'art. 75 [77] e sia uno degli elementi di pubblicità compreso altresì dalla parola pubblicamente dell'art. 165 [175], pure, contravvenendosi, non costituirebbe un motivo d'annullamento, per la ragione che i matrimoni in *extremis*, vietati dall'antico diritto, sono oggidì permessi (Fenet, t. IX, p. 164, 165), e l'uffiziale dello stato civile in casi similgianti è tenuto a condursi in casa del moribondo. Nelle anzidette ipotesi quindi, secondo gli art. 192 e 193 (1), vi sarebbe soltanto luogo a condannare l'uffiziale che ha commessa la contravvenzione ad un'amenda di 300 fr., e lo parti ad un'amenda proporzionata ai loro beni di fortuna. Questa è la sola sanzione che abbia statuito la legge per tutti i casi ne quali il giudice reputi la violazione delle regole della pubblicità non esser abbastanza grave per pronunciare l'annullamento del matrimonio.

Or, relativamente alla competenza dell'uffiziale sarebbe tutt'altro, se fosse vero che la legge avesse inteso stabilire, per difetto di competenza da una parte, e per quello di pubblicità dall'altra risultante da diverse circostanze, due distinti motivi di nullità. Certamente, secondo questa ipotesi, il potere concesso ai tribunali dall'art. 193 dovrebbe parimenti invocare nel caso d'uno de' due motivi di nullità, vale a dire, nel difetto di pubblicità materiale; perocchè questa risultando da molteplici elementi, col solo esame de' fatti potrebbe decidere se siavi stata o no pubblicità; ma per la seconda nullità, quella per difetto di competenza, l'anzidetto potere non avrebbe più luogo, non sarebbe più possibile, poichè la competenza, e quindi l'incompetenza, risulta mai sempre ed in tutte le ipotesi da una circostanza unica, la quale non ammette scelta. L'uffiziale era o non era quello del domicilio d'uno de' conjugati; dunque era o non era competente; nè può esservi via di mezzo, che che ne dica Demolombe (*ibid.*). Per la qual cosa nel sistema delle due nullità distinte bisognerebbe dire che il potere accordato ai tribunali dall'art. 193 è relativo ad una sola delle suddette due nullità, ad una parte soltanto del nostro art. 191 e dell'art. 165 [175], ed ogni qual volta il matrimonio sarà stato celebrato da un uffiziale incompetente, il tribunale è tenuto a pronunciare l'annullamento, ad onta che fosse favorevole ogni altra circostanza.

Per l'opposto, allorchè la competenza del-

l'uffiziale non è che uno degli elementi che insieme con gli altri costituiscono la pubblicità, per stabilire un principio unico giusta il quale la legge potesse dire al giudice: *Voi annullerete, se questo principio di pubblicità è sufficientemente violato*, egli è evidente che la facoltà conceduta al giudice esiste per questa competenza come per tutti gli altri elementi. Or è abbastanza chiaro che questo e non altro sia il senso della legge o che l'art. 193, giusta il pensiero del legislatore, si riferisce senza distinzione a tutte le contravvenzioni che possano aver luogo contro le differenti norme sanzionate dall'art. 165 [175].

E però, abbracciandosi la teoria delle due nullità, è uopo ritenerla come un modo d'esprimersi e non quale un principio da cui si possano dedurre conseguenze; parlando delle due nullità bisogna dire che amendue sono facoltative e che dipendono dalla estimazione che il magistrato possa fare de' fatti. Soltanto sotto questa condizione si può nella scienza, senza nullo inconveniente, sostituire la teoria de' nostri avversari al sistema di una sola nullità che sembraci stabilito dal Codice.

Crediamo qui acconcio richiamar alla memoria quel che abbiamo detto sotto l'art. 170 (2), n. II, che trattandosi di matrimoni contratti presso lo straniero, la mancanza di pubblicazioni in Francia costituisce per sè stessa un difetto di pubblicità, sufficiente per farne pronunciare l'annullamento, mentre che, contraendosi in Francia, una tal mancanza di pubblicazione non altro provocherebbe che l'amenda sancita dall'art. 192. Inoltre ricordiamo che la legge permette celebrarsi il matrimonio de' Francesi dall'uffiziale d'un paese straniero, a condizione che ciascuno degli sposi non contravvenga ad alcuna delle disposizioni del capitolo 1° del nostro titolo. Ond'è che la contravvenzione ad una di quelle disposizioni rende l'uffiziale straniero incompetente a celebrare il matrimonio e dà luogo all'annullamento. Del rimanente, le possibili contravvenzioni a questo capitolo costituendo tutte per loro natura altrettanti motivi di nullità (impubertà, bigamia, mancanza di consenso della famiglia, incesto), eccetto una sola, il non richiedersi di consiglio gli ascendenti, ne segue che la nullità per incompetenza non ci presenta una novella regola, e solo in quest'ultimo caso produce un effetto del tutto speciale.

III. — La nullità, o, giusta il linguaggio usato dalla generalità degli scrittori, le due

(1) V. la nota precedente. (Nota del traduttore).

(2) Vedi la nota (1) pag. 306, ove fu per noi detto il motivo della soppressione dell'art. 470

del codice Napoleone nelle nostre leggi civili (Nota del Traduttore).

nullità del nostro articolo, son esse suscettive d'esser tolte la mercè d'una causa qualunque? Intorno a ciò il nostro Codice tace; ma lo spirito della legge a chiare note ci autorizza a rispondere affermativamente.

Senza dubbio, la ratificazione procedente dalla volontà delle parti non può qui esser obbietto di controversia; ma, atteso che i matrimoni di cui favelliamo sono nulli per deficienza di pubblicità anteriore o contemporanea alla celebrazione, perchè mai la pubblicità richiesta che ha avuto luogo dopo essersi celebrati, ma prima di dimandarsene la nullità, non dovrà renderne inammissibile l'azione? Colui che, in questa ipotesi, richiede l'annullamento d'un matrimonio, si poggia sull'unico motivo che, essendosi effettuato clandestinamente, non ha avuto i caratteri d'un vero matrimonio ed è sembrato una unione illecita e passeggera tra un uomo ed una donna. Come mai potrebbe ammettere una similgiante pretensione, se innanzi d'intentar l'azione questa unione ha preso, rispetto al pubblico, il carattere d'un vero matrimonio? In questo caso noi siam di avviso che la facoltà concessa ai tribunali dall'articolo 193 circa la estimazione de' fatti, loro naturalmente attribuisce pure, atteso il pubblico possesso di stato de' coniugi, il diritto di dichiarare inammissibile l'azione di nullità. La ipotesi più grave e più dubbiosa sarebbe certamente quella della clandestinità per incompetenza dell'uffiziale pubblico; ma l'antico diritto, che dal nostro Codice non è contraddetto per nulla su questo punto, ammetteva in questo caso positivamente la inammissibilità dell'azione, di guisa che lo stesso ministero pubblico non poteva più agire quando già era scorso un anno dopo il matrimonio. Al compiersi d'un tal periodo di tempo la irregolarità dileguavasi (Pothier, n° 451).

Ma quando e con quali mezzi si acquistava il possesso di stato sufficiente di legittimo consorte? dopo qual termine dovrà dichiararsi inammissibile l'azione di nullità? E questo un punto di fatto che dipende dalle circostanze speciali di ciascun caso, e pel quale i tribunali hanno la più grande latitudine.

IV. — È mestieri quindi por mente a non confondere i matrimoni *clandestini* propriamente detti, vale a dire nulli per mancanza di pubblicità materiale, con i matrimoni semplicemente *segreti* i quali sono interamente validi. Dicesi matrimonio segreto quello che si è occultato al pubblico, benchè siasi contratto con tutte le formalità prescritte dalla legge. Per esempio, due famiglie di Strasburgo partono insieme, sotto il pretesto di fare un lungo viaggio di pia-

cere, ed in vece si fermano in un piccolo comune di Bretagna; quivi, dopo sei mesi di residenza, si celebra un matrimonio tra le medesime, le quali poscia ritornano a Strasburgo ove la novella sposa continua a presentarsi come nubile. Egli è chiaro che in questa città il pubblico ignorerà il matrimonio che ha avuto luogo, e che le due famiglie vogliano tenere occulto. Ciò nondimeno esso sarà sempre valido, e colui che dopo due, quattro, dieci anni o più, giungesse ad averne notizia non sarà ammesso a chiederne l'annullamento. Nell'antico diritto, i gravi inconvenienti che procedevano dalla frequenza di similgianti matrimoni avevano costretto il legislatore a privarli de' diritti civili (*Dichiar. del 26 novembre 1639*); ma il nostro legislatore non li ha sminuito affatto della loro efficacia, persuaso che la causa di tali matrimoni (il pregiudizio della distinzione delle caste, e per conseguenza l'onta che ne risultava dalle unioni tra nobili e plebei) era scomparsa da' nostri costumi, e che nell'avvenire molto raramente potevano effettuarsi. Innanzi al Corpo legislativo precisamente in questo senso si parlò dall'oratore del Governo (Fenet, t. IX, p. 162, 163).

E uopo quindi notare che la validità di simili matrimoni non potrebbe impedire ad una terza persona con la quale un coniugo avesse fatto un contratto reso pregiudizievole dal matrimonio occultato, d'opporvi alla realizzazione degli effetti pecuniari del medesimo; essendochè pignoranza del terzo è un fatto imputabile ai coniugi, e ciascuno è sempre responsabile (art. 1382 (1336)) del danno cagionato per sua colpa (*conf. Agen, 8 novembre 1832*).

Inoltre non bisogna confondere il matrimonio clandestino, del quale da ogni interessato può dimandarsene la nullità, col matrimonio segreto, perfettamente valido; come altresì non è a confondersi l'*incompetenza* dell'uffiziale che rende il matrimonio annullabile, con la mancanza assoluta di ogni *uffiziale*; perocchè in quest'ultima ipotesi, giusta quanto abbiamo esposto nelle osservazioni preliminari del presente capitolo, non esiste matrimonio. Si comprende in fatti che se non è stata ricevuta da alcuno funzionario la dichiarazione di matrimonio, tutto al più può effettuarsi un contratto naturale, obbligatorio soltanto per coscienza, ma non mai un contratto civile, un matrimonio legale, esistente agli occhi della legge, di soppiatto della quale ha avuto luogo quel contratto.

192. — Se il matrimonio non è stato preceduto dalle due pubblicazioni pre-

scritte, non siasi ottenute le dispense permesse dalla legge, ovvero non sieno stati osservati i termini stabiliti per le pubblicazioni e celebrazioni, il procuratore della Repubblica farà condannare l'uffiziale pubblico ad una multa che non potrà eccedere trecento franchi; e le parti contraenti o quelli sotto la cui potestà le medesime hanno agito, ad una multa proporzionata alle loro sostanze.

193. — Le persone soprannominate incorreranno nelle pene espresse nel precedente articolo per qualunque contravvenzione alle regole prescritte all'art. 163 [173], ancorchè le medesime contravvenzioni non fossero giudicate sufficienti per far pronunciare la nullità del matrimonio (1).

N. B. — Gli schiarimenti dati sull'art. 191 spiegano sufficientemente questi due ultimi che ne sono gli accessori.

§ 2. — Delle prove della celebrazione del matrimonio.

194 (2). — Niuno può reclamare il titolo di coniuge e gli effetti civili del matrimonio, se non presenta l'atto della celebrazione inscritto nel registro dello stato civile, eccettuato il caso preveduto dall'art. 46 [48] (3) al titolo degli *Atti dello stato civile*.

SOMMARIO.

I. Della prova della celebrazione del matrimonio. — Osservazioni su i termini che nella specie usano gli scrittori.

II. I mezzi di prova che la legge accorda agli interessati (oltre quei accordati a' figli) sono tre.

I. — Dopo avere esposte le cause d'annullamento del matrimonio, la legge, in questo art. 194 e ne' sei seguenti, s'occupa de' mezzi di provarne la realtà della celebrazione, ove questa fosse appuntata di non aver avuto luogo.

La maggior parte degli scrittori, come Delvincourt, Toullier, Duranton, ecc., trattando la materia di cui favelliamo, dicono che il di lei scopo sia la *prova del matrimonio*; ma ciò è inesatto. Ed invero con i mezzi indicati da' surriferiti articoli non provasi la validità del matrimonio, nè tampoco la sua esistenza legale, ma unicamente il fatto della celebrazione. Or può avvenire, come è chiaro, che

la celebrazione abbia avuto luogo e che intanto il matrimonio non solo non sia valido, ma non esista neppure. Così, se l'uno de' contraenti è demente, od è morto civilmente, certo vi sarà celebrazione, ma non esisterà matrimonio. Senza dubbio, le spiegazioni che ci offrono i testé citati scrittori ci conducono definitivamente a questa idea, e le nostre osservazioni non sono che questioni di parole; ma siccome i vocaboli sono i segni delle idee, perchè non usar de' propri per quanto è possibile? No' nostri sette articoli quindi trattasi esclusivamente della *prova della celebrazione* del matrimonio. Quanto alle questioni che possono sorgere intorno alla sua esistenza, alla stipula del contratto (per esempio, se si pretendesse che l'uno de' due contraenti era folle, morto civilmente, o che la pretesa donna era un uomo, ecc.) o pure intorno alla sua validità (opponendosi la bigamia, l'incesto, la incompetenza dell'uffiziale, ecc.) esse non sono punto l'obbietto di regole speciali, ed i fatti allegati da' contendenti si proveranno, come in ogni altro affare, con documenti, con testimoni, o con l'uno e l'altro mezzo insieme, secondo i casi.

Le prove formate dalla legge per stabilire la celebrazione d'un matrimonio sono diverse, secondo che la realtà di questa celebrazione è invocata da' figli nati dal preteso matrimonio, ovvero da qualsiasi altro individuo. Se i reclamanti non sono i figli, ma altre persone; e supposto innanzi tutto che fossero i medesimi coniugi, a seconda dei casi che potranno offrirsi, tre mezzi di prova sono loro concessi. Ma se fossero i figli, oltre questi tre mezzi, la legge ne accorda pure un quarto di cui fa parola l'art. 197 [190].

Facciamoci intanto a disaminare il testo del nostro articolo, il quale quantunque parlasse de' soli coniugi, pure, lo ripetiamo, le sue disposizioni sono applicabili a qualsiasi altro interessato.

II. — Ogni individuo, che reclama il titolo e gli effetti di coniugato, ha tre mezzi per dimostrare la celebrazione del matrimonio che invoca.

Il primo mezzo, che si presenta del tutto naturalmente e per i casi ordinari, si è la esibizione dello stesso atto di celebrazione del matrimonio regolarmente inscritto su' registri dello stato civile. Il secondo, si è la prova testimoniale, conforme alla regola generale dell'art. 46 [48], cioè, 1.° quando l'atto sia stato distrutto, soppresso, reso illeggibile, o non redatto per la inesistenza o la in-

(1) Questi due articoli anche furono soppressi nelle nostre *leggi civili*. Vedi la nota (3) pag. 330. (Nota del traduttore).

(2) Articolo soppresso nelle nostre leggi. Vedi la nota precedente. (Nota del traduttore).

(3) L'articolo 48 delle nostre *leggi civili* contiene un inciso che non è nel rispondente articolo 46 francese. Vedi la nota (1) pag. 438.

(Nota del traduttore.)

terruzione della scritturazione de' registri al tempo della celebrazione; e 2.° quando questa celebrazione realmente non abbia avuto luogo. Ricordiamo, che per essere ammesso a provare per testimoni le due surriferite circostanze, è mestieri che esista un fatto materiale che renda verisimile la prodotta pretesa: per esempio, la inesistenza de' registri dell'anno, la distruzione o la deteriorazione d'uno o più fogli, ovvero l'essersene lasciati parecchi in bianco che attestino un'interruzione di redazione (art. 46 [48] n.1, II c III.). Del rimanente, è risaputo che l'art. 46 [48] ammette, per le ipotesi che esso suppone, la mera prova testimoniale, e che per essere ammessa non è d'uopo, come in altri casi, di un principio di prova scritta. Questi due mezzi sono indicati dal nostro art. 194. L'ultimo mezzo poi offerto ai pretesi coniugi per dimostrare la celebrazione della loro unione, allorchè l'atto siasi ridotto, per colpa dell'uffiziale pubblico o di qualsiasi altro individuo, in tale stato da non essere suscettivo d'alcun uso per parte degli aventi diritto, consiste nell'azione che può promuoversi contro il colpevole od i suoi eredi (art. 198, 199 e 200). Ma se il delitto consiste nell'aver reso l'atto illeggibile o nell'aver tolto un foglio dal registro, come nel caso precedente, siccome allora si avrà l'esistenza di fatti materiali che permettono l'applicazione dell'art. 46 [48], così si potrà o scegliere il mezzo che offre quest'ultimo articolo, ovvero quello dell'art. 198.

In somma i mezzi che la legge accorda ai pretesi coniugi per dimostrare la celebrazione del loro matrimonio si riducono o alla esibizione dell'atto, o ne' casi straordinari, all'applicazione della regola stabilita dall'art. 46 [48], o infine a quella della disposizione speciale dell'art. 198. Egli non potrebbero quindi asserire, e l'articolo seguente in modo positivo lo dichiara, di non ricordarsi il luogo ove il loro matrimonio fu celebrato, e che questo sia sufficientemente dimostrato pel loro lungo e pubblico possesso di stato di legittimi coniugi. Un coniugato in fatti non può dimenticare il luogo in cui si è celebrato il suo matrimonio: e, quanto al possesso di stato, egli è facile a procurarsene uno falso.

E supposto che i coniugi pretendessero e si offrissero a dimostrare che il loro matrimonio si fosse realmente celebrato in un determinato luogo, alla tal epoca, dal tale uffiziale dello stato civile il quale non si brighò

di stenderne l'atto; se il registro del luogo indicato non ha alcun foglio in bianco, alcuna interruzione, siccome questo non sarebbe il caso dell'art. 46 [48], nè quello di giudizio criminale preveduto dall'art. 198, così i reclamanti non dovrebbero ammettere a farne la prova, perchè spettava loro curare che l'atto fosse stato redatto dall'uffiziale: *Vigilantibus jura subveniunt, non dormientibus.*

193. — Il possesso di stato non potrà dispensare i pretesi coniugi, che rispettivamente lo alleggeranno, dal presentare l'atto della celebrazione del matrimonio avanti l'uffiziale dello stato civile.

196. — Quando vi è possesso di stato, e che è presentato l'atto di celebrazione del matrimonio avanti l'uffiziale dello stato civile, i coniugi non sono rispettivamente ammessi a domandare la nullità di quest'atto (1).

SOMMARIO.

- I. Il possesso di stato toglie la nullità dell'atto e non quella del matrimonio: errore della giurisprudenza. — Rinvio all'art. 191.
- II. L'atto è inoppugnabile soltanto per parte dei coniugi.
- III. L'articolo non è applicabile al caso d'un atto stato sopra un foglio rubato.

I. — La giurisprudenza sovente fiata ha mal compreso quest'articolo. Con un gran numero di arresti ha deciso che il suo scopo era d'impedire ai coniugi di chiedere la nullità del loro matrimonio, quando avuti titolo e possesso di stato (2); e Demolombe (III.328) si è fatto a seguire questa dottrina. Or nulla evvi di più inesatto di ciò; perciocchè l'art. 196 non lo dice, e nol poteva dire.

Innanzi tutto, gli art. 194, 195, 196 e 197 non si occupano del matrimonio, ma soltanto dell'atto destinato a provare il fatto della celebrazione: e Niuno, son parole dell'art. 194, può reclamare il titolo di coniuge, se non presenta l'atto di celebrazione...; il possesso di stato, continua l'articolo 195, non potrà dispensare i pretesi coniugi dal presentare l'atto di celebrazione...; ma quando vi è possesso di stato, dice il nostro art. 196, e l'atto di celebrazione si è presentato, i coniugi non sono ammessi a dimandare la nullità di quest'atto; nulladimeno, aggiugne l'art. 197 (190), se essi sono figli di due persone che abbiano pubblicamente vissuto come marito e moglie; e se questi medesimi figli abbiano il pos-

(1) Questi articoli neanche furono riprodotti nelle nostre leggi civili, per le ragioni esposte nella nota. (3) pag. 330. (Nota del traduttore).

(2) Soprattutto: Colmar, 25 gennaio 1823; Rig.

23 agosto 1823; Nancy, 30 maggio 1826, Parigi, 32 gennaio 1832; Rig., 12 febbrajo 1833 (Devill. e Carr., 1833. I, 495.)

» sesso di stato di figli legittimi; se il loro
 » atto di nascita non contraddica punto a sì
 » fatto possesso, ed i pretesi coniugi sieno
 » trapassati, la legittimità de' figli non potrà
 » essere impugnata pel solo pretesto che
 » manchi la presentazione dell'atto di cele-
 » brazione ». L'unico obbietto adunque dei
 » su notati articoli è l'atto, sempre l'atto e nul-
 » l'altro che l'atto ... L'art. 196 ci fa sem-
 » plicemente conoscere che qualunque fossero le
 » irregolarità d'un atto di matrimonio, que-
 » st'atto non può essere impugnato da' coniu-
 » gi allorchè è ratificato da un possesso di sta-
 » to conforme; e si guarda bene dal dire che
 » non si potrà impugnare il matrimonio...: la
 » qual cosa alcuno non poteva affermare.
 » Suppongasì che un fratello si mariti con la
 » sua sorella, ovvero che un uomo di già coniu-
 » gato impalmi una seconda donna, e che pa-
 » recchi anni scorrano in seguito: forse co-
 » storo, per lo specioso pretesto che avvi pos-
 » sesso di stato ed un atto conforme, non po-
 » tranno dimandare la nullità del loro ince-
 » stuoso o bigamo matrimonio? la coesistenza
 » dell'atto e del possesso di stato che mai
 » pruova? che realmente sia stato celebrato
 » il matrimonio! Ma niuno ne dubita; e pel
 » motivo appunto della sua reale celebrazione
 » se ne dimanda la cassazione.

Il Codice, negli art. 180 a 193 si occupa
 delle nullità del matrimonio, delle loro cau-
 se, delle persone che possono proporle la di-
 manda, e delle circostanze dalle quali son
 tolte. Negli art. 194 e seguenti cessa dal far-
 ne motto, e quel che ivi discorre riguarda
 l'atto ed il processo verbale inscritto su' re-
 gistri, e comprovante il fatto d'una celebra-
 zione. L'art. 196 ci fa conoscere che se un
 atto di matrimonio fosse talmente irregola-
 re da non meritare fede in altro circostanze,
 contro i coniugi poi avrà piena forza, quante
 volte però è avvalorato da un conforme pos-
 sesso di stato il quale se impedisse ai con-
 iugi di pretendere che l'atto non dimostri
 nulla o che il matrimonio non è stato cele-
 brato, nulladimeno non è loro d'impedi-
 mento a poter pretendere che il matrimo-
 nio, realmente celebrato nella tale epoca co-
 me si attesta dall'atto, sia nullo per questo
 o per quell'altro motivo.

Fa meraviglia che tanti arresti ed un giu-
 reconsulto così distinto come Demolombe
 abbiano potuto incorrere in un errore sì ma-
 nifesto, e che a confutarlo chiaramente ba-
 sta una semplice lettura del codice.

Vi ha intanto un solo caso particolare nel
 quale la nullità del matrimonio sarebbe ri-
 mossa dal possesso di stato, non già in virtù
 del nostro articolo, ma giusta i principii ge-
 nerali del diritto. Un tal caso è quello della
 mancanza di pubblicità (art. 191, u. III), e

comprende il difetto di pubblicità propria-
 mente detta, e l'incompetenza dell'uffiziale
 civile (Ibid., n. I).

II. — Nulladimeno, l'atto di matrimonio
 irregolare non è assolutamente inoppugna-
 bile per effetto del possesso di stato, ma lo
 è semplicemente rispetto ai coniugi. La
 legge non dice punto in modo assoluto
 che la nullità dell'atto non si potrà chiedere,
 ma soltanto che i coniugi non saranno am-
 messi a dimandarla. Ond'è, che in questa
 ipotesi, l'un de' coniugi non potrebbe, nè
 contro l'altro, nè contro terze persone, pre-
 tendere la nullità dell'atto di matrimonio;
 ma la si potrebbe, al contrario, benissimo
 chiedere da' terzi contro amendue i coniugi
 od un solo di essi. È risaputo come la legge
 non attribuisce al possesso di stato lo stesso
 effetto sia contro i terzi, sia contro i coniu-
 gi. Perlochè i tribunali, ad onta del pos-
 sesso di stato, avranno a seconda delle cir-
 costanze, piena libertà nel giudicare l'atto
 irregolare non essere affatto sufficiente per
 provare la celebrazione contro un terzo in-
 teressato a negarla.

III. — È questione, se il nostro articolo
 debba pure applicarsi nell'ipotesi d'un atto
 steso sopra un foglio volante. Delvincourt e
 Toullier sono per l'affermativa; ma noi, in-
 sieme con Duranton, opiniamo che questo
 sarebbe un errore. Ed in vero, giusta l'art.
 52 [51], una dichiarazione stesa sopra un fo-
 glio volante, o su qualunque altro registro
 che su quello a ciò destinato, non constitui-
 sce punto un atto dello stato civile; perlo-
 chè non sarebbe il caso d'un atto irregolare,
 come è supposto dal nostro articolo. Per al-
 tro il pensiero della legge chiaro risulta dal-
 l'avvicinamento degli articoli 191, 195, e 196.
 Nell'art. 194 infatti è detto: Niuno può re-
 clamare il titolo di coniuge se non prescisa
 l'atto di celebrazione inscritto nel registro
 dello stato civile; il possesso di stato, con-
 tinua l'art. 195, non potrà dispensare di pre-
 sentarsi questo atto; da ultimo, quando vi
 è possesso di stato, dice l'art. 196, e l'atto è
 presentato, non può dimandarsene la nullità
 da' coniugi. Si vede che sempre la ipote-
 si versa sul medesimo atto, sull'atto inscritto
 nel registro.

Del rimanente, nell'anzidetto caso di reda-
 zione sopra un foglio volante, il coniuge, con-
 tro del quale si contrastasse l'esistenza del
 matrimonio, potrebbe questa dimostrare la
 merced' un giudizio criminale contro l'uffizia-
 le pubblico, come si dirà spiegando l'art. 198.

197 [190]. — Nulladimeno, se nel caso
 degli art. 194 e 195, esistono figli di due
 persone che hanno pubblicamente vissuti
 come marito e moglie, e siano morte am-

bedue, la legittimità de' figli non potrà essere impugnata pel solo pretesto che manchi la presentazione dell'atto di celebrazione, qualora la stessa legittimità sia provata da un possesso di stato che non sia in opposizione con l'atto di nascita (1).

SOMMARIO.

- I. Quarto mezzo per dimostrare la celebrazione del matrimonio. — Possesso statale: i soli figli de' pretesi coniugi.
- II. Non è necessario che ambo i genitori siano morti, ma è sufficiente che il figlio non possa far riconoscere da essi.
- III. Nella specie preveduta dall'articolo 1. la legittimità del figlio può essere impugnata pure per altri motivi, oltre la mancanza di provenienza dell'atto. — In che consiste il possesso di stato.

I. — I tre mezzi coi quali due coniugi possono provare la celebrazione della loro unione, cioè la presentazione dell'atto di celebrazione per i casi ordinari, e per gli straordinari, la prova testimoniale indicata nell'art. 46 [48], ovvero il giudizio criminale previsto dall'art. 198, questi tre mezzi, il ripetiamo, possono essere usati non solo da' figli o da qualunque altro individuo interessato a provare il fatto della celebrazione, ma benanche dagli stessi coniugi. Però, oltre i suindicati tre mezzi concessi a qualsiasi interessato, la legge ne stabilisce qui un quarto, che appartiene esclusivamente ai figli, e che, introdotto in favore della legittimità, non può, tranne da costoro, essere da altri invocato. Si fatto mezzo, che è applicabile solo quando riesce materialmente impossibile al figlio di farsi indicare da' suoi genitori l'epoca ed il luogo della celebrazione del matrimonio, consiste nel pubblico possesso di stato di figlio legittimo, confermato da quello di coniugi riguardato al padre ed alla madre, e non contraddetto dall'atto di nascita.

E però, se il figlio nato da Tizio e da Maria abbia sempre portato il cognome del padre; da per tutto e sempre sia stato trattato, sì da essi come dalla loro famiglia, qual loro figliuolo legittimo, e per tale sia stato altresì costantemente riconosciuto da tutti; se in oltre Tizio e Maria sieno stati trattati e riguardati quali legittimi coniugi, in ciò la legge, a pro del figlio, riconosce una presunzione di legittimità, la quale farà fede fi-

no alla prova contraria, purchè l'atto di nascita del medesimo non contraddica sì fatta presunzione. Ed in vero, se l'atto di nascita dichiarasse positivamente il giovino figlio naturale di Tizio e di Maria, o nato da Maria non maritata e da un padre ignoto, una simigliante menziona data da un atto al possesso di stato del figlio e de' suoi genitori, farebbe dilaguare la presunzione che dalla legge volensi trarre da questo duplice possesso di stato.

II. — Del resto, il possesso di stato del figlio, confermato da quello de' suoi genitori e non contraddetto dal suo atto di nascita, non costituisce per lui una dimostrazione sufficiente, e non lo esime dalla prova ordinaria, e regolare (la presentazione dell'atto di matrimonio), se non quando gli riesce impossibile di farsi indicare da' suoi genitori l'epoca ed il luogo della celebrazione.

E però il figlio, allorchè il padre e la madre sono trapassati, può usare di questo mezzo straordinario di prova; e non è questo il solo caso, cui l'articolo possa applicarsi. Se mia madre, ad esempio, fosse affetta di pazzia, e mio padre dichiarato assente, egli è evidente che io da essi non potrei avere maggiori schiarimenti di quei che otterrei se fossero morti. Se la legge quindi ha favellato della morte, ciò è avvenuto perchè questa causa di mancanza di notizie era la più ordinaria, la più naturale a prevedersi; e qui come in cento altre circostanze, ha parlato *de eo quod plerumque fit*. Torna perciò maraviglioso che Zachariae, riproducendo l'idea di Merlin (*Rep. v. Legittimità*, sez. 1, § 2, quist. 2 e 3) si attenga rigorosamente alla condizione della morte (t. III, p. 222), tanto più che egli stesso, intorno ai due art. 199 e 200 cui trabreve giugneremo, con molta ragione insegna che le parole: *Senza avere scoperta la frode*, vi sono allagate per effetto delle seguenti: *Senza aver intentata l'azione*; o che questo: *Se l'uffiziale pubblico...* equivalgono a quest'altre: *Se l'autore del delitto....* La regola d'interpretazione è esattamente la stessa sì nel nostro caso come negli altri due, ed intendere altrimenti il nostro articolo, lo spirito della legge evidentemente farebbe soffocare dalla sua lettera (2).

(1) L'articolo 196, rispondente all'articolo 197 francese, nelle nostre leggi civili si legge nel seguente modo: « Nulladimeno se non si presentano gli atti legittimi del matrimonio, eccetto il caso preveduto dall'articolo 48, ed esistono figli di due persone che abbiano pubblicamente vissuto come marito e moglie, e sieno morti ambedue, la legittimità dei figli non potrà essere impugnata pel solo pretesto che manchino gli atti legittimi del matrimonio, qualora la stessa legittimità sia provata da un possesso di stato che non sia in op-

posizione coll'atto legale di nascita — Vedi la nota (1) pag. 438. (*Nota del traduttore.*)

(2) Maleville (I, p. 210), Toullier (II-877, ff. Delvincourt, Duranton (II, 235), Vazeille (I, 214), Vahette (*su Proudhon*, II, p. 75), Bonnier (n. 128), Allemant (I, 440), Demolombe (III, 396). — Demolombe cita Delvincourt come quegli che professa la opinione contraria insieme con Merlin e Zachariae; ma è questo un errore. E vero che Delvincourt, e ciò sembra che sia stata la causa dell'inganno di Demolombe, si sforzi a provare esser

Ma, per non uscir fuori i limiti dello spirito della legge e dar luogo all'arbitrio, fa mestieri restringersi al caso in cui avvenga l'impossibilità fisica ed assoluta d'ottenere indizi da genitori. Il figlio quindi il quale, dopo la morte del padre o della madre, invocasse gli effetti del matrimonio da lui supposto, contro il sopravvissuto genitore che ne negasse la celebrazione, non potrebbe affatto prevalersi del mezzo di prova offertogli dal nostro articolo. Inutilmente si opporrebbe che il padre o la madre essendo trapassati, e l'altro adducendo l'avversario del figlio, riuscirebbe interamente impossibile di ottenere notizie dall'uno o dall'altro. La ipotesi non è identica. La positiva negazione del padre che confessa il suo disonore, che distrugge in sé fatto modo il doppio possesso di stato che egli medesimo avea procacciato a sé stesso ed a suo figlio, è un motivo abbastanza grave per rimanere distrutta la debole presunzione che la legge voleva trarre da questo possesso di stato. Non si può stabilire per principio che la legge non poteva fermare la regola che un padre od una madre potessero per sé fatta guisa, indotti dal capriccio o da un interesse pecuniario, distruggere l'onore del loro figliuolo ed il proprio nel tempo stesso. In breve: la legge prevale il caso della morte di tutti o due i genitori; la ragione prescrive d'aggiugnervi i casi realmente analoghi, vale a dire la impossibilità per costoro ad esprimere le loro idee; ma il distendersi più oltre, equivarrebbe a crear la legge e non ad interpretarla (Conf. Parigi, 26 maggio 1808; Tolosa, 24 giugno 1820; la stessa corte, 24 luglio 1826).

Stimiamo inutile dire che la legge qui intende parlare della morte naturale de' coniugi, e non della lor morte civile, la quale in fatti non è di ostacolo a poter da essi ricevere indizi.

Quattro condizioni sono necessarie al figlio affinché a suo pro, la mercè del nostro articolo, possa dimostrare la celebrazione del matrimonio: 1° che egli sia nell'impossibilità fisica d'ottenere notizia da entrambi i suoi genitori; 2° che goda il possesso di stato di figlio legittimo; 3° che amendue i suoi genitori abbiano, od abbiano avuto, durante la lor vita, il possesso di stato di coniugi; 4° che il suo possesso di stato non sia smentito dal suo atto di nascita.

necessario che entrambi i genitori sieno morti; ma quel che cerca di confutare è unicamente la idea, senza dubbio falsa, che potrebbe esser sufficiente la morte d'un solo di essi (essendo l'altro in istato di prestar notizie). Insieme con noi poi ammette che la demenza o l'assenza di amendue i genitori producano i medesimi effetti della lor morte; imperocchè, dopo aver detto esser uopo che

Marcadé T. I.

III. — Ma se mediante le anzidette quattro condizioni, la legittimità del figlio, val dire la sua discendenza da due individui realmente maritati, non può mettersi in dubbio, ciò però s'intende fino a che non si pruovi il contrario. Gli avversarii del figlio quindi possono sempre dimostrare o che non abbia in realtà avuto luogo la presunta celebrazione del matrimonio; o che questo quantunque siasi realmente celebrato, pure non poteva avere esistenza legale, attesa la morte civile d'una delle parti; o finalmente che esso era affetto da nullità, a causa, per esempio, di bigamia. Il perchè il nostro articolo non dice nè poteva dire che la riunione delle circostanze di che discorre renderebbe il matrimonio inoppugnabile, ovvero perentoriamente proverebbe la sua celebrazione; ma stabilisce soltanto che in questa ipotesi la legittimità, e conseguentemente la celebrazione del matrimonio, che è uno de' suoi elementi, non potrà essere impugnata *pel solo pretesto che manchi la presentazione dell'atto*. Per impugnarsi adunque questa legittimità è uopo addurre altri motivi.

N. B. — Quel che abbiamo detto nell'ultimo paragrafo del n. I spiega a sufficienza in che consista il possesso di stato, il quale può essere definito: Il diritto risultante dalla notorietà prodotta da una riunione di fatti, tendenti tutti a provare la qualità di cui un individuo gode in una famiglia e nella società. Rispetto alla moglie ed al figlio, esso risulta da questi tre elementi: *Nomen, tractatus, fama*; *nomen*, di aver portato il cognome del marito o del padre; *tractatus*, di aver trattato come moglie o come figlio legittimo nella casa e nella famiglia; *fama*, da tutti esserne stimato tale. Quanto al marito, il primo degli anzidetti tre elementi *nomen*, non ha più luogo; ovvero consiste semplicemente nell'aver dato il suo cognome alla moglie.

198 (1). — Se la prova legale della celebrazione del matrimonio è fondata sul risultato d'un processo criminale, l'iscrizione della sentenza nel registro dello stato civile assicura al matrimonio, dal giorno della sua celebrazione, tutti gli effetti civili, tanto riguardo ai coniugi, quanto ai figli nati dal medesimo matrimonio.

I genitori sieno tutti e due trapassati, tra parentesi, che certo demolebbe non ha notato, soggiunge che sarebbe lo stesso se fossero nella impossibilità di manifestare la loro volontà, per esempio, a causa di follia.

(1) Questo articolo fu soppresso nelle nostre leggi civili. Vedi la nota (3) pag. 339. (Nota del traduttore.)

SOMMARIO.

- Tutto molto generale, precedentemente indicato, onde provare la celebrazione del matrimonio.
- II. L'espressione *procurato criminale* è qui adoperata nel suo senso generico.
- III. Non è necessario che gli interessati si siano costituiti parte civile.

I. — Quest'articolo ed i due seguenti si occupano del terzo mezzo offerto dalla legge a tutti gli interessati per dimostrare la celebrazione d'un matrimonio: del caso, cioè, in cui l'atto, che ne doveva costituire la prova ordinaria e naturale, per un delitto trovato ridotto in tale stato che gli interessati non ne possano fare alcun uso. Per esempio, l'uffiziale pubblico nel redigere l'atto vi ha scritto nomi e cognomi che non sono quelli delle parti, e che lo fanno sembrare non appartenere loro; o lo ha redatto sopra un foglio volante; o dopo averlo steso con tutta regolarità, per effetto di alcuni cambiamenti di lettere è stato in sì fatta guisa snaturato, che sembra al presente essere estraneo ai coniugi; o col radersi la cartasi è reso illeggibile, o, da ultimo, si è distrutto, lacerando il foglio che lo conteneva. Nella ipotesi di redazione sopra un foglio volante, contro l'uffiziale pubblico può agirsi correzionalmente (C. pen. art. 192 [241] (1)), e nelle altre, può tradursi il colpevole, chiunque ei fosse, innanzi la corte d'assise (C. pen., art. 145, 146, 147, 173, 225 [287, 288, 291, 250, 176]). Or in tutti gli anzidetti casi, il fatto della celebrazione può essere stabilito con la sentenza che si profforrà, purchè vi si riconosca il delitto; e la legge permette alle parti interessate di produrla come prova legale di questa celebrazione, in vece dell'atto primitivo, ingiungendo loro di farla inscrivere sui registri dello stato civile. E notisi che la prova della celebrazione per sì fatto modo stabilita non daterà dal giorno della inserzione, ma dal dì in cui ebbe luogo la celebrazione, e come se l'atto fosse sempre esistito.

Siccome questa sentenza, mediante la sua inserzione su' registri dello stato civile, equivale all'atto del matrimonio, così è necessario di non intendere alla lettera quelle parole del nostro articolo, ove è detto che

(1) L'articolo 192 del codice penale francese infligge la pena di un mese a tre di prigione e la multa di 16 a 200 franchi all'uffiziale dello stato civile, che avrà scritti gli atti su fogli volanti. Le nostre leggi penali poi coll'art. 214 non pure per questo reato, ma per qualunque omissione delle disposizioni prescritte dalla legge per la tenuta degli atti dello stato civile, comminano all'uffiziale trasgressore la pena del primo al secondo grado di prigione o confino e l'amenda non maggiore di ducenti cinquanta. Vedi la nota (1) pag. 281. (Nota del traduttore.)

la inserzione assicura al matrimonio tutti gli effetti civili. In fatti, sarebbe possibilissimo che la celebrazione avesse avuto luogo, e che l'atto stesso fosse stato redatto in circostanze tali che non assicurassero alcun effetto civile al matrimonio; or la sentenza inserita su' registri avrà la stessa forza che avrebbe avuto l'atto di celebrazione; perlochè bisogna limitarsi a dire semplicemente che questa sentenza avrebbe fatto prova legale della celebrazione.

II. — Noi sostenghiamo che il nostro articolo è applicabile sia ad una sentenza correzionale, sia ad una decisione di una corte d'assise (2). E per vero, quantunque rigorosamente parlando i misfatti si dividano in tre classi: 1° in contravvenzioni, la cui competenza appartiene ai tribunali di semplice polizia; 2° in delitti, cui son competenti i tribunali correzionali; e 3° in misfatti riservati alle corti d'assise; ciò non ostante l'addittivo *criminale* oltre il significato speciale che gli viene da siffatta distribuzione, ha quello generico altresì, il quale abbraccia le tre classi indistintamente; ed è appunto in questo senso che si adoperano le espressioni *diritto criminale*, *leggi e materie criminali* e *codice di procedura criminale*. Le circostanze storiche infine della redazione del nostro articolo non lasciano alcun dubbio su ciò che testè abbiamo detto.

Quel che ora forma l'obbietto della nostra discussione era preveduto da due articoli nel progetto presentato al Consiglio di Stato. Il primo di essi dicea: « Se esiste un atto di celebrazione redatto sopra foglio volante, contro l'uffiziale dello stato civile deve agire *criminalmente* sì da' coniugi, come dal commissario del Governo; » il secondo poi aggiungeva: « Se la prova della legale celebrazione risulti da una istruzione *ne criminale*, l'inserzione, ecc. » Il primo di questi articoli fu rigettato, dietro l'osservazione di Thibaudau il quale sosteneva, che vi si ripeteva senza pro quel che erasi già detto dall'art. 52 [54]; ed il nostro articolo che in origine riferivasi al caso di redazione sopra un foglio volante, si trovò quindi generalizzato, e le parole « risulti da una istruzione criminale, furono in seguito mutate.

(2) Le corti d'assise di Francia rispondono alle nostre Gran Corti criminali. Vedi la nota (1) pag. 59, ove fu per noi discorso dell'organamento dei nostri corpi giudiziari e della loro competenza. Per le contravvenzioni e per i delitti sono presso noi competenti i giudici di circondario, per i misfatti poi le Gran Corti criminali. Inoltre è da avvertirsi che per le nostre leggi penali la pena è quella che caratterizza il reato *misfatto o delitto, o contravvenzione di polizia*. (Nota del traduttore.)

te in queste altre: «è fondata sul risultato d'una istruzione criminale» Fenet, t. IX, p. 95). È falso quindi non esser compreso dal nostro articolo il giudizio correzionale cui dà luogo la redazione su foglio volante, anzi per l'opposito esso di ciò si occupa, ed era questo il solo obbietto cui sulle prime applicavasi. In fatti, come mai il legislatore del Codice civile avrebbe potuto coordinare il suo testo con le qualificazioni e classificazioni della legge criminale, che non ancora era esistente? i due Codici di procedura criminale e penale non videro forse la luce cinque anni dopo?... (Conf. Valette sur Proudhon, II, p. 105; Demolombe III, n. 409).

III. — Ma per applicarsi il nostro articolo, fa egli mestieri che gl'interessati si sieno costituiti parti civili nel giudizio criminale? Nelle nostre precedenti edizioni, sotto l'art. 199 n. 18, sostenemmo l'affermativa, abbracciata dopo di noi da Demolombe (III-419) e respinta da Valette (p. 166). Poggiammo ivi il nostro ragionamento sul motivo che le condizioni richieste dall'art. 1351 [1305] per costituire la cosa giudicata, soprattutto l'identità delle parti, non esistono nella mancanza d'intervento degl'interessati, e che la sentenza criminale è in questo caso per costoro *res inter alios judicata*, poichè il ministero pubblico, che certamente rappresenta l'intera società, è il rappresentante di questa quanto alla vendetta pubblica, ma non nelle questioni relative all'interesse privato di questo o di quell'altro individuo. Nelle edizioni posteriori però noi abbiamo confutata una tale dottrina sotto l'art. 1351 [1305] n. XV, ove interamente dimostrando che non avvi in questo caso nè l'identità delle parti (come erroneamente suppone Valette) nè l'identità dell'obbietto, abbiamo stabilito che non vi sia neppure cosa giudicata, essendochè le condizioni di cui favella l'art. 1351 riguardano gli affari civili. Con ragione adunque il nostro articolo non distingue se i coniugi o gli altri interessati si sieno o pur no costituiti parte civile.

199 (I). — Se i coniugi o uno di essi sieno morti senza avere scoperta la frode, l'azione criminale può essere promossa da chiunque abbia interesse di far dichiarare valido il matrimonio, come pure dal procuratore della Repubblica.

SOMMARIO.

I. Cattiva redazione dell'articolo.

II. Non trattasi dell'azione criminale, ma di quella civile pel ristoro del danno cagionato dal misfatto.

(1) Articolo soppresso nella compilazione delle nostre leggi civili. (Nota del traduttore).

III. L'azione si trasmette ai rappresentanti di ciascuna famiglia, questa volta contro nuova eresia assai promossa.

IV. Il procuratore della Repubblica, eccetto il caso dell'articolo seguente, non può intrinsecare l'azione civile. Egli però può sempre promuovere l'azione penale.

V. Tra l'art. 337 [315] ed il nostro non avvi punto analogia.

I. — Questo articolo è molto mal redatto, ed ove si volesse letteralmente interpretarlo, a non poche false proposizioni darebbe luogo. Per esempio: 1° sempre da' coniugi, e mentre vivono soltanto da essi potrebbe essere intentata l'azione criminale, mercè la quale schiudesi l'adito alla pena; 2° morto l'un di essi prima di scuoprirsì la frode, l'azione potrebbe promuoversi da ogni individuo che avesse interesse a constatare la validità del matrimonio; 3° il procuratore della Repubblica potrebbe del pari promuoverla, ma esclusivamente nell'anzidetta ipotesi; 4° da ultimo, se i coniugi fossero morti tutti e due, dopo aver conosciuta la frode, ma senza averne intentata l'azione, il procuratore della Repubblica non potrebbe, sia dopo la lor morte, sia durante la loro vita, far punire il delitto od il misfatto, ed i figli o qualunque altro interessato non potrebbero in alcun modo ottenere una sentenza che surrogasse a lor pro l'atto di celebrazione. Fortunatamente niuna di queste proposizioni regge, sendo tutte non vere.

Due sono i motivi d'onde provengono i numerosi errori cui dà luogo quest'articolo letteralmente interpretato: primo, perchè ha confuso ed identificato l'azione civile tendente al ristoro del danno cagionato dal misfatto; secondo, perchè in vece delle parole *senza aver intentata l'azione*, adopra queste altre: *senza avere scoperta la frode*.

II. — Sotto l'art. 31 [34] n. III, abbiamo già spiegata la differenza che esiste tra l'azione criminale per l'applicazione della pena proporzionata al delitto, o l'azione civile pel ristoro del danno materiale o morale cagionato dal medesimo ad uno o più individui. L'azione criminale *sempre* e dal solo ministero pubblico può esser intentata; l'azione civile poi dalla persona o dalle persone interessate. La prima ha luogo innanzi i tribunali criminali; la seconda, rigorosamente parlando, dovrebbe intentarsi avanti i tribunali civili, ma per maggiore economia e speditezza, la si promuove eziandio avanti i tribunali criminali in unione dell'azione criminale, di guisa che in questa ipotesi esistono simultaneamente e l'azione pubblica e l'azione civile. In materia criminale propriamente detta, vale a dire innanzi le corti d'assise, la parte civile unisce la sua azione a quella già intentata dal ministero pubblico; per l'opposito, in materia correzionale ella cita direttamente l'imputato per discutersi in contraddizione del medesimo la quistio-

ne relativa al danno cagionato, salvo al ministero pubblico a dimandare, se lo creda conveniente, l'applicazione della pena (C.d'istruz. crim. art. 1, 2, 3 e 182 [2, 3, 4, 5 e 312 II. di proc. pen.]). — *Per azione criminale* il nostro articolo intende parlare di *quella intentata contro il colpevole* (civilmente, dalle parti interessate, e criminalmente dal procuratore della Repubblica).

E però, innanzi tutto, per i vari misfatti o delitti relativi agli atti dello stato civile, come per qualunque altro misfatto, e massime per quelli che hanno reso un atto di matrimonio incapace ad essere prodotto, il procuratore della Repubblica, ad onta di quel che sembra dire il nostro articolo, può sempre agire, tanto se siano in vita i coniugi, quanto dopo la loro morte; l'azione poi per l'applicazione della pena può sempre, e senza condizione di sorta, essere intentata unicamente da lui.

Quanto all'azione civile per ristoro del danno che si è cagionato col delitto, essa, per massima, non può esser promossa dal procuratore della Repubblica, ma esclusivamente dalle parti interessate. A questo principio però l'articolo seguente stabilisce un'eccezione, e non solo permette, ma ordina ancora, pel timore d'una collusione tra i contendenti, che l'azione civile si promuova dal procuratore della Repubblica e non già dalle parti interessate, allorchè l'imputato è morto e l'azione ha luogo contro gli eredi. Ma in ogni altra ipotesi ed anche nella presente materia, purchè trattasi di agire contro l'imputato, l'azione civile, che ha per obbietto di ristabilire la prova della celebrazione del matrimonio, non può esser intentata se non dalle parti interessate. Ecco intanto in qual ordine potrà promuoversi nel caso contemplato da' nostri articoli.

III. — I soli coniugi, finchè l'uno o l'altro sono in vita hanno il diritto ad agire: i loro figli, gli altri parenti, i loro eredi non possono far nulla. I soli coniugi, finchè vivono, sono i veri interessati, essendochè il loro interesse abbraccia o rappresenta quello di tutti gli altri, o rimanendo silenziosi niuno ha il diritto di surrogarli. Il perchè il nostro articolo permette di promuoversi l'azione da ogni altro interessato, sol quando almeno l'un de' medesimi è trapassato. Supposto quindi che ciò siasi verificato, i suoi figliuoli o qualunque altro parente, i suoi eredi o creditori, in breve, ogni persona interessata a sostenere, per parte del defunto, la validità del matrimonio, ed a dimostrare innanzi tutto la sua celebrazione, ha il diritto d'intentare l'azione; ed affinchè si potesse far ciò non è necessario che il coniuge sia morto prima d'aver scoperta la frode, ma è suffi-

ciente che esso sia trapassato prima di aver intentata l'azione, la quale, allorchè è stata promossa da lui, morto in seguito durante l'istanza, viene continuata dalle anzidette parti interessate.

In effetti, se il coniuge, dopo di avere scoperta la frode, è morto, ma prima che avesse potuto introdurre il giudizio; o veramente la sua età decrepita, o il timore degli impacci d'un litigio lo avessero fatto rimanere per lungo tempo nell'inazione, non sarebbe affatto questa una valida ragione, onde gli altri interessati non potessero agire dopo di lui. Se la legge, nel nostro articolo, avesse voluto dire che l'azione si estingue in virtù del silenzio serbato dal coniuge sciente della frode, essa certo avrebbe stabilito un termine qualunque, dopo il quale questo effetto avrebbe avuto luogo; non avrebbe detto in un modo assoluto: « *Se il coniuge è morto senza avere scoperta la frode* »; il qual modo di esprimersi estinguerrebbe l'azione, quand'anco la morte avvenisse otto o tre giorni soltanto dopo lo scuoprimento; ed è evidente non essere ammissibile una simile conseguenza. Se la legge quindi ha detto *senza avere scoperta la frode*, ciò è avvenuto perchè la medesima si occupa *de eo quod plerumque fit*, come già ne abbiamo un esempio nell'art. 197 [190], e come un altro parimente ne osserveremo nell'art. 200. In fatti allorchè muoiono individui senza aver introdotto il giudizio, la loro inazione il più sovente procede dall'ignoranza in cui erano della frode commessa. Nell'art. 200 vedremo dalla legge ripetersi queste stesse parole, « al tempo in cui si è scoperta la frode, » in un caso ove è evidente che ella abbia voluto dire, « al momento in cui s'intenta l'azione. »

Del rimanente, morto l'uno de' coniugi, l'azione si trasmette agli interessati che lo rappresentano, vale a dire ai suoi eredi o eredi; quanto a coloro che vi potrebbero avere interesse per parte dell'altro coniuge, l'azione non esiste ancora per essi, poichè vive tuttavia colui nel cui nome e come rappresentanti del quale potrebbero agire.

IV. — Relativamente al procuratore della Repubblica, a torto dal nostro articolo parificato agli altri interessati, egli non ha, salvo il caso in cui l'azione è diretta contro gli eredi del colpevole, il diritto d'intentare l'azione civile. Il ministero pubblico in fatti non è il protettore degli interessi privati di alcuno: la sua missione si limita all'azione pubblica, all'azione il cui obbietto è l'applicazione della pena, che egli può sempre mai intentare, senza brigarsi se gli interessati si querelino o pur no; ma l'azione che riguarda l'interesse privato, debb'essere promossa dalle sole parti lese.

« Ond'è che il nostro articolo avrebbe dovuto esser redatto nel seguente modo, ove mai gli si avesse voluto dare una chiara intelligenza: « Se i coniugi, o l'uno di essi, sono trapassati senza aver intentato il giudizio, i loro rappresentanti, sia soli, sia insieme col ministero pubblico che agisce criminalmente, possono intentare l'azione civile innanzi le corti d'assise. »

Del rimanente le parti interessate possono eziandio intentare la loro azione innanzi il tribunale civile. In fatti la regola generale essendo che ogni azione civile deesi promuovere d'avanti al magistrato civile, l'eccezione è quando per questo stesso oggetto si addice il giudice criminale; ed il primo mezzo offrono maggior garanzia del secondo, ne segue che il nostro articolo permettendone la prova mediante un giudizio criminale, contiene una disposizione derogatoria e tutta a favore, dalla quale deesse concludere a fortiori l'ammissione del principio generale.

V. — Stimiamo inutile avvertire che non vi ha contraddizione alcuna tra il nostro articolo 199 il quale permette ad un figlio come ad ogni altro interessato di procurarsi la prova della celebrazione del matrimonio mediante un giudizio criminale, e gli art. 326 e 327 [248 e 249] che lo abilitano a provare la sua filiazione innanzi i tribunali civili; essendochè gli anzidetti articoli prevegono due diversi casi.

I mezzi di prova sendo più facili avanti i tribunali criminali che ne civili, la legge in una materia sì grave quanto è quella della filiazione, ha creduto utile di non lasciar in balia degli eventi d'un giudizio criminale la questione se il tale individuo sia o pur no il figliuolo di questa o di quell'altra persona; ed ha spinto sì oltre la sua precauzione che, ove le prove d'una filiazione si fossero distrutte mediante delitto, ha voluto che l'azione criminale s'intentasse dopo essersi profferita sentenza dal tribunale civile, pel timore che quella pronunziata dai giuri non esercitasse qualche influenza sull'animo dei giudici civili: questa e non altra è la disposizione dell'art. 327 [249]. Quando poi trattasi di raccogliere la prova d'una celebra-

zione di matrimonio, la legge è meno severa, nè in ciò avvi contraddizione alcuna.

Quindi, colui che si dice figliuolo legittimo di Pietro e di Maria, e che pretende che uno o più delitti abbiano distrutto le prove del suo stato, non potrà dimostrare che egli sia il figliuolo de' medesimi se non la mercè di sentenza de' tribunali civili, laddove potrebbe far risultare da una decisione criminale la prova che Pietro e Maria erano marito e moglie.

I due art. 199 (1) e 327 [249], lo ripetiamo, non sono affatto in contraddizione, perchè i medesimi prevegono due differenti ipotesi. La legge mostrasi più facile per la prova d'una celebrazione di matrimonio che per quella della filiazione, ecco tutto; e non dee recar meraviglia, essendochè sarebbe più funesto l'ingannarsi riconoscendo quali discendenti da due coniugi, degl'individui che sono loro estranei, che quali coniugi due persone che non lo erano.

200 (2). — Se l'uffiziale pubblico è morto al tempo in cui si è scoperta la frode, l'azione sarà civilmente promossa dal procuratore della Repubblica contro i suoi eredi col concorso delle parti interessate, e dietro loro denuncia.

I. — Quest'articolo consacra i principii generali, dichiarando che dopo la morte del colpevole l'azione deesi promuovere in linea civile; imperocchè, giusta quel che abbiamo insegnato nell'articolo precedente, confermato testualmente dall'art. 3 del Cod. d'instruz. crim. (3), se durante la sua vita le parti interessate hanno la facoltà di agire o criminalmente col concorso del ministero pubblico, o civilmente con azione separata, egli è evidente che una tal facoltà non potrà più loro competere quando la morte del colpevole ha reso impossibile l'azione pubblica (4). Ma una non lieve derogazione dallo stesso articolo si porta agli anzidetti principii, allorchè dal medesimo prescrivasi che l'azione in linea civile debb'essere intentata non già dalle parti interessate, ma dal procuratore della Repubblica, in presenza e dietro loro denuncia.

(1) Soppresso nelle nostre leggi civili. (N. T.)

(2) Questo articolo non fu riprodotto nella compilazione delle nostre leggi civili, che ebbe luogo nel 1819, per le ragioni espresse nella nota (3) pag. 330. (Nota del traduttore.)

(3) L'articolo 3 del Codice d'istruzione criminale francese risponde all'art. 5 delle nostre leggi di procedura ne giudizi penali, in cui è scritto: « L'azione civile può essere sperimentata innanzi ai giudici stessi e nel tempo stesso dello esercizio dell'azione penale. — Può essere sperimenta-

ta anche separatamente presso i giudici civili: » in questo caso l'esercizio ne è sospeso, finchè non siasi pronunziato definitivamente sull'azione penale. » (Nota del traduttore.)

(4) Quel che qui dice l'autore è espressamente sanzionato dal secondo comma dell'art. 4 delle nostre leggi di proced. pen., nel quale è scritto: « Se l'imputato muore prima di esser giudicato, » l'azione civile si sperimenta innanzi ai tribunali civili contro a colui che lo rappresenta ». (Nota del traduttore.)

Il motivo d'una sì fatta eccezione è patente. Quando l'azione di colui che pretende che un delitto lo abbia privato del suo atto di celebrazione di matrimonio, è diretta contro il medesimo colpevole, egli è chiaro che la difesa di costui non sarà di lieve momento; nè si potrà presumere che per una somma di danaro soffra volontariamente la prigionia, i lavori forzati, lasciandosi condannare come colpevole d'un misfatto che non ha commesso. Per l'opposto, se l'azione è diretta contro i suoi eredi i quali non hanno a temere alcuna pena, ma soltanto una condanna a danni-interessi, ad una somma di danaro, la legge teme che dall'attore, offrendosi ai suoi avversari una somma maggiore di quella cui sarebbero condannati, i medesimi si persuadano a desistere da ogni difesa, lasciando constatare un chimerico delitto. Il perchè ella per rendere tal frode, sventuratamente non già impossibile, ma almeno più difficile, commette al procuratore della Repubblica di rappresentare le parti interessate in simili giudizi.

II. — Questo motivo dell'eccezione stabilita dal nostro articolo fa chiaramente conoscere che la espressione « se l'uffiziale pubblico è morto » non bisogna intenderla nel suo senso letterale, stantechè il delitto può benissimo non essere stato commesso da lui. E qui del pari evidente, come in moltissimi articoli precedenti, che il legislatore abbia parlato dell'ipotesi che era più ovvia a presentarsi alla sua mente; per la qual cosa le anzidette parole debbono esser surrogate dalle seguenti « se il colpevole è morto »; e quelle che dicono « al tempo in cui si è scoperta la frode » debbono in vece leggersi « al tempo in cui s'intenta l'azione ». Egli è evidente in fatti, che se io scuopro nel mese di febbrajo la frode, ed il colpevole muore in marzo, promuovendo l'azione nel mese di aprile contro i suoi eredi debbo uniformarmi a quanto prescrive la regola del nostro articolo, precipuamente perchè io la intendo contro gli eredi, quantunque il colpevole non era ancora morto quando scoprii la frode.

La morte del colpevole non è la sola ipotesi cui va applicata questa regola. Suppon-

(1) Gli articoli 491 e 492 riguardanti il matrimonio putativo, si leggono nelle nostre leggi civili nel seguente modo — « Art. 491. — Il matrimonio che è stato dichiarato nullo dall'autorità ecclesiastica, può produrre ciò non ostante gli effetti civili relativamente ai figli, allora quando sia stato contratto in buona fede.

» Non vi è buona fede quando il matrimonio non sia stato celebrato innanzi a persona ecclesiastica, che le due parti, o almeno una di esse credettero essere il proprio parroco, o dal parroco autorizzata.

gasi, per modo d'esempio, che egli era già dichiarato assente allorchè s'intenta l'azione, e che questa, conformemente all'art. 134 [140], si dirige contro gli eredi presuntivi immessi nel possesso de' suoi beni; egli è ben chiaro che la regola del nostro articolo è ancor qui applicabile. Perlochè, onde formulare in modo più esatto il pensiero contenuto dalle prime parole dell'articolo, bisognerebbe mutarle in questo: *allorchè l'azione, in vece d'intentarsi contro l'individuo colpevole del misfatto o delitto, si promuoverà contro coloro che ne sono responsabili civilmente.* In fatti come negare che questo non sia il vero pensiero del Codice?.. Nell'azione di cui occupansi i nostri varj articoli, quegli che figura quale vostro avversario di fatto non è in realtà il più interessato; i vostri veri avversari, benchè non intervengano nel giudizio, sono gli eredi del vostro preteso consorte, i suoi creditori, i vostri propri eredi o creditori, e forse cento altri individui, i quali spinti da un interesse morale o pecuniario vengono ad opporsi per usurparvi un titolo che non vi appartiene; il perchè la legge si mette in apprensione di quel che potrebbe convenire tra voi ed il vostro apparente contraddittore. Le cale ben poco se costui per effetto d'una trascurata difesa sia colpito da una condanna criminale; ma se questa consiste in una somma di danaro, ella vi spoglia dell'azione e ne investe il ministero pubblico. La regola del nostro articolo quindi consiste unicamente a scernere se l'avversario può subire una pena.

§. 3. Del matrimonio putativo.

201 [191]. — Il matrimonio che è stato dichiarato nullo, produce ciò non ostante gli effetti civili, tanto riguardo ai coniugi, quanto relativamente ai figli, allora quando sia stato contratto in buona fede.

202 [192]. Se non vi è la buona fede che per parte d'uno de' coniugi, il matrimonio non produce gli effetti civili se non in favore del medesimo coniuge, e de' figli nati dal matrimonio (1).

» I tribunali civili saranno i giudici competenti della buona fede.

» Art. 192. — Se non vi è la buona fede che per parte di uno de' coniugi, il matrimonio non produce gli effetti civili, se non in favore del medesimo coniuge e de' figli nati dal matrimonio.

La diversità del primo comma dell'art. 491 dall'art. 101 del codice napoleonico è una conseguenza de' differenti principi, che appo noi regolano il contratto di matrimonio, sendo per noi la sua validità o invalidità tutta di competenza ecclesia-

SOMMARIO.

- I. Matrimonio putativo. — Sono soggetti di ricevere un tale carattere non solo i matrimoni non propriamente, ma quelli assolutamente esistenti. — Errori di Merlino e Zachariae.
- II. L'unione espone a costituire un matrimonio putativo, quando questa carattere, quando nella celebrazione vi fa buona fede. Disparso me Damselme. — Nell'errore di fatto personali sempre la buona fede.
- III. Il matrimonio putativo produce tutti gli effetti d'un matrimonio valido, quando il suo scioglimento è la prosecuzione della sentenza che ne dichiara la nullità, avvenuta alla stessa epoca.
- IV. Quando questa alla divisione della comunione ed ai laici matrimoniali, sia che si abbia buona fede in entrambi i coniugi, e in uno di essi soltanto? Quando della comunione di due coniugi per effetto di bigamia.
- V. Per poter celebrare tutte le ipotesi, è dopo distinguere quattro classi di matrimoni, le quali peraltro determinatamente si riducono a due.

stica, giusta quel che abbiamo di già marcato nelle note (1) pag. 255, (3) pag. 268 e (2) pag. 297. Il secondo e terzo comma sono all'intutto nuovi. Ove si voglia stare letteralmente alle parole del secondo comma, in cui vengono annunziate le caratteristiche necessarie per la buona fede, ad un errore gravissimo si schiuderebbe l'adito. Ed invero non basta, giusta le separare, che la persona innanzi a cui mi fo a celebrare il mio matrimonio, sia da me reputata pel parroco o da costui autorizzata, è uopo che ella in realtà sia persona ecclesiastica, che lo stimo essere il parroco o dal parroco autorizzata. E non è questo escludere la buona fede nell'atto stesso che si ammette? Credendo io che la persona, innanzi a cui celebriamo il matrimonio, sia il parroco o da questi autorizzata, non debbo anche implicitamente e necessariamente credere che ella sia ecclesiastica, non potendosi esser parroco se prima non si sia prete? Perché dunque la legge mi nega gli effetti civili, quando si scovre che questa persona non era ecclesiastica? Quindi è che noi crediamo che il vero pensiero del legislatore sia quello di ammettere la buona fede e di concedere gli effetti civili al matrimonio, anche quando la persona riputata parroco o da lui autorizzata, innanzi a cui si celebriamo, non sia in realtà persona ecclesiastica.

L'ultimo comma poi rimette lo esame della buona fede ai tribunali civili. Crediamo utile qui riportare un'arresto della nostra Corte Suprema del 15 aprile 1826, nella causa Spinavento e Stalleri, in cui sono sviluppati i principi delle diverse giurisdizioni dell'autorità ecclesiastica e della civile, in materia di matrimoni.

La Corte Suprema di giustizia ha fatto la seguente deliberazione.

L'oggetto importante della discussione dipendendo dallo esame della opposta incompetenza nel giudice civile per una causa di nullità di matrimonio; la Suprema Corte si intrattenne a rilevare gli oggetti del contendere quali dovevano essere, così in virtù delle leggi ecclesiastiche, che Municipali nel regno di Napoli, pria delle nuove leggi, come anche in virtù di queste ultime in epoca del Codice civile, e delle attuali leggi civili. Lo sguardo quindi riportandosi in tutte le menzionate leggi, ha osservato che lo esame si doveva ridurre ne' due soli aspetti, assunti dall'avvocato officioso del minore Spinavento, cioè in quello delle nullità relative all'opposta inesistenza del matrimonio, ed in quello dell'invalidità. Questa sola distinzione apparisce dettata dalle

I. — In questi articoli si tratta dell'unione che la scienza chiama *matrimonio putativo*, vale a dire dell'unione che non costituisce affatto un matrimonio valido, ma che le parti, od una di esse hanno reputato, creduto tale, e che la legge, in considerazione di questa loro buona fede, vuole parimente reputare tale, accordandogli gli effetti civili.

La materia del matrimonio putativo dà luogo a parecchie quistioni sulle quali i giuriconsulti sono interamente discordi. Innanzi tutto, quali unioni sono suscettive di costituire un matrimonio putativo?... Molti scrittori, specialmente Merlin (Quist. v. Legitti-

norme della giurisprudenza chiesastica, e dalle leggi precise del Regno, le quali, invece di essere state derogate, sono state di poi colle nuove confermate.

« Incominciandosi dal dritto ecclesiastico, il Van-Expen, de jure Eccl. part. 3, tit. 2, de causis ecclesiasticis n. 22, così ci avverte:

« Quod de incidenti questione matrimonii remittenda ad iudicem ecclesiasticum dictum fuit, intelligi oportet de casu, quo de validitate agitur, ac non ubi non de iure, sed de facto; puta si non quaeratur de soliditate, sed an matrimonium fuit initum.

« Per lo dritto municipale, nel real dispaccio de' 24 aprile 1773, è detto:

« Considerando che sebbene la cognizione de' matrimoni in quanto alla validità spetti alla potestà spirituale, nondimeno in quanto alla sussistenza spetti al magistrato laico.

« Nel Codice civile non parlando di matrimonio, come sacramento, quindi le discussioni sono riportabili alle leggi preesistenti.

« L'art. poi 191 delle leggi civili presenta lo idee delle leggi preesistenti, poichè prima attribuisse nello cause di nullità la giurisdizione all'autorità ecclesiastica, ma ne fa indi una eccezione per gli effetti civili, quando ci sia stato il contratto in buona fede; e questa s'intende per lo matrimonio celebrato alla presenza del Parroco, o di altro ecclesiastico autorizzato.

« Ecco i principi dunque da essere precisi e distinti in una causa per nullità di matrimonio, senza confondersi gli attributi delle rispettive giurisdizioni, cioè dell'impero e del sacerdozio; lo esame deve ridursi non già nella sola discussione di nullità in un modo assoluto, ma dev'essere riportato nella premessa distinzione. In linea di nullità per esistenza del matrimonio sta bene la cognizione del giudice civile, ma diversamente, cioè, di nullità per invalidità, la giurisdizione è stata e sarà del giudice ecclesiastico.

« Attesochè queste idee riportate al giudicato in esame, appaiono discusse con confusione e con involuppo de' due diversi oggetti, in modo che per motivi di nullità per invalidità sta la censura della incompetenza.

« Attesochè l'abolito tribunale di prima istanza di Monteleone ben si regolò, ove dispose la istruzione per la esistenza del matrimonio, ma errò con esser trascorso in discussione di dritto ecclesiastico, in rapporto ad oggetti di nullità per invalidità.

« Le attribuzioni in questo secondo articolo gli

mità, §. 5) e Zachariae (III, p. 243-244), dicono che il matrimonio realmente esistente e soltanto annullabile possa trasformarsi in matrimonio putativo; di maniera che, per quanto grande potesse essere la buona fede delle parti, e scusabile il loro errore, gli effetti civili non potrebbero giammai aver luogo, quando si trattasse d'un'unione sfornita delle tre condizioni essenziali all'esistenza del matrimonio, alla effettuazione del contratto civile. E però il matrimonio apparente contratto innanzi un ufficiale civile dal morto civilmente non potrebbe godere del beneficio dell'art. 202 [192], e non potrebbe neanche produrre alcun effetto legale né a pro della moglie di buona fede, né a pro de' figli. La opinione de' mentovati scrittori è poggiata su due argomenti che non hanno alcuna forza.

Il primo di questi argomenti sarebbe convincente se la idea che suppone fosse esatta. Esso consiste in questa massima di ragione: *Prius oportet esse quam operari*, innanzi di poter produrre alcun effetto, è uopo esistere; la qual cosa si è fatta notare da noi stessi nelle osservazioni preliminari di questo capitolo: *Nihili nullae sunt qualitates, quod nullum est nullum producit effectum*; or, l'unione del morto civilmente non costituisce punto un matrimonio, non ha alcuna esistenza legale. . . . Si fatto argomento, come è chiaro, presuppone che la legge, nel matrimonio putativo, non ha e non può avere per scopo di conservare ad un matrimonio che si annulla gli effetti che esso ha prodotto fino al momento in cui è cassato, e che non è sua intenzione di attribuire, senza un motivo giuridico e pel precipuo effetto della sua benivola volontà, questi medesimi effetti civili ad un matrimonio, il quale, rigorosamente parlando e secondo i principii, non poteva essere produttivo di alcun effetto. Ond' è che il punto d'appoggio degli autori che confutiamo risiede in questa idea, cioè che la legge ha potuto benissimo conservare gli effetti realmente

prodotti che, secondo i principii, l'annullamento dovrebbe distruggere; ma che ella non ha potuto estendersi a crearli a vantaggio di una unione la quale a tutto rigore non ne può produrre alcuno. Ma innanzi tutto con qual diritto si vorrebbe a porre limiti alla benevolenza del legislatore ed a menomare la sua onnipotenza? Con qual diritto gli si direbbe, come l'Eterno all'oceano: *Usque huc venies, et non recedes amplius*? Come mai il legislatore che distrugge e crea a suo piacere, che rende legalmente morto e legalmente reditivo l'uomo, la cui vita naturale non subisce alcuna modificazione, come mai il legislatore non potrebbe far sussistere gli effetti legali a pro d'una unione che non costituisce un vero matrimonio civile?

Senza dubbio egli non è sfornito di tal facoltà, e quel che è più, ne usa nel vostro proprio sistema. In fatti, se un matrimonio legalmente esistente, ma annullabile, si cassa, esso, dal lato giuridico e teorico del diritto, non ha mai esistito; e non solo è distrutto pel tempo avvenire, ma pel passato eziandio, retroattivamente e come se non avesse avuto giammai alcuna legale esistenza. Ciò non pertanto, se vi ha buona fede, questo matrimonio, che in diritto è stato sempre nullo, produrrà gli effetti civili. Avvi quindi in ciò esistenza di risultati, senza che abbia giammai esistito alcun principio generatore dei medesimi; si veggono effetti la cui causa efficiente è riposta unicamente nel *sic volo sic jubeo* del legislatore; vi ha finzione legale, creazione.

E però, affinché questa volontà potentissima del legislatore, questa volontà creatrice di effetti civili, non andasse applicata al matrimonio nello stretto senso nulli, del pari che agli annullabili semplicemente, non bastava citare il *prius oportet esse quam operari* che qui non ha alcuno significato, ma era necessario che il legislatore, in applicare la sua sanzione ai secondi, l'avesse negata ai pri-

erano negate, e non doveva che limitarsi nella discussione de' fatti, che portavano alla esistenza del matrimonio, come non tralasciò di osservare in una particolare considerazione; ma il metodo serbato non può neanche salvare questo assunto, poichè ha dichiarato, che D. Francesco Spinavento era figlio legittimo e naturale di D. Vincenzo Spinavento e di Maria Giuseppa Stalteri, procreato da matrimonio clandestino, il che non gli competeva per la ragione, che la dichiarazione di un matrimonio secondo il rito della Chiesa, o di clandestino a norma del Concilio di Trento, va alle dichiarazioni della validità, che sono del giudice ecclesiastico; ed ecco quell'errore che ha resistito alle leggi in materia di giurisdizione, ed ha offeso la causa di quello che si persuade di garantire, e lo avrebbe potuto senza offendere dette leggi, ma nei limiti di una dichiarazione

della esistenza solamente del matrimonio, e dedurre le conseguenze, che sembrano ben serie per un figlio nato nella buona fede di un matrimonio contratto in presenza della Chiesa.

» Attesochè gli stessi errori si sono adottati nella decisione censurata; dunque è d'uopo di annullarsi la medesima interamente, rinviandosi ad un novello esame la causa, perchè veduta nei due diversi aspetti, si conosca la giustizia della dichiarazione, dopo di una istruzione all'oggetto già esistente, della sola esistenza del matrimonio di Spinavento e Stalteri; e lasciare al giudice ecclesiastico la cognizione della validità. Così non ci sarebbe alcuna incompetenza, e la causa di un figlio nato in buona fede non sarebbe offesa.

» Per siffatti motivi la Corte Suprema in conformità delle conclusioni del pubblico ministero, annulla, ecc. » (Nota del traduttore.)

mi. E Zachariae volendo provare che questa e non altra fosse la volontà del legislatore, presenta un secondo argomento, cavandolo dal posto che occupano gli articoli 201 e 202 [191 e 192] nel Codice. Il capitolo IV, ci dice, tratta dei matrimoni annullabili; gli articoli quindi 201, 202, che ne fanno parte e ne sono la fine, non s'applicano che a questi matrimoni soltanto. Ciò è erroneo. Il capitolo, del quale siamo al termine della sua spiegazione, contiene tre parti distinte, di cui si occupa successivamente: 1.° delle cause di nullità (art. 180-193); 2.° delle prove della celebrazione del matrimonio (art. 194-200); 3.° dei matrimoni finalmente putativi (art. 201, 202 [191, 192]); il che prova, e sia detto di passaggio, che la rubrica di questo capitolo è inesatta ed incompleta, perciocchè non indica che solo uno de' tre obbietti di cui parla. Ora di queste tre parti, la prima soltanto esclusivamente è relativa ai matrimoni annullabili; e la prova è che la seconda è riferibile non solamente a questi stessi matrimoni ed ai nulli, ma benanche agli stessi matrimoni validi. Se altrimenti la cosa fosse, ci si dica in virtù di quali regole o di quali articoli dovrà provarsi l'unione valida di due coniugi?... Ond'è che nel nostro capitolo abbiamo tre sistemi di regole, e quel che in ciascuno de' medesimi è trattato, rilevasi dal suo scopo e dalla forza delle cose.

1.° *Le cause di scioglimento di matrimonio.* È chiaro che ivi non può trattarsi che di matrimoni annullabili; perciocchè non può essere sciolto nè il matrimonio valido, inoppugnabile, nè il matrimonio inesistente.

2.° *Le prove di una celebrazione di matrimonio.* Ivi la legge si occupa di tutte e tre le classi di matrimoni; poichè la celebrazione è tale un fatto che ha luogo e per i matrimoni validi, e per gli annullabili e per i nulli.

3.° *Matrimoni putativi*, ossia gli effetti legali, che per favore e per pietà si accordano ad unioni, che per principii di legge ne sono prive. Certo ivi non potevasi trattare de' matrimoni validi, poichè questi per gli stessi principii di legge godono degli effetti civili; ma le due altre classi vi trovano il loro posto naturalmente, anzi forzosamente.

Diciamo forzatamente, perciocchè qualunque si distinguono tre classi di matrimoni, pure queste si riducono a due, cioè al matrimonio produttivo di effetti civili, ed a quello che non ne produce, vale a dire al matrimonio valido o nullo; e quanto all'annullabile può dirsi che esso non costituisce precisamente una terza classe, ma che, a seconda de' casi, ora rientra nell'una, ora nell'altra. Ed invero, il matrimonio annullabile, nell'intervallo che intercede tra la sua celebrazione

ne ed il suo scioglimento, produce tutti gli effetti civili: se non è mai cassato, produrrà sempre i suoi effetti; se poi è cassato, lo sarà retroattivamente e con tutti gli effetti civili. Quindi non si accenna mica ad una classe nuova di matrimoni, allorchè dopo essersi favellato del matrimonio *valido o nullo*, si discorre di quello annullabile, poichè trattasi semplicemente d'un matrimonio che provvisoriamente è *valido*, e che può in seguito dichiararsi e ritenersi d'essere stato sempre *nullo*. Sicchè valido o nullo, nullo o valido che ei sia, non può che ad una delle due anzidette categorie appartenere. Infino all'annullamento, il matrimonio annullabile è efficace quanto un matrimonio regolare, e fa parte della categoria cui questo appartiene; o la sola differenza che tra i medesimi può esservi, consiste nella possibilità d'essere il primo, un giorno o l'altro, tolto da questa categoria, come quello che giammai per dritto vi ha potuto appartenere. Rientra poi nella classe de' matrimoni nulli, appena è annullato, renduto *nullo*, da' quali non ne differisce legalmente *nella benchè menoma cosa*, poichè neanche per un momento si considera di essere stato valido. Ma se questa e non altra è la teoria della legge, come mai questa può diversamente riguardare due matrimoni entrambi nulli?... D'altra parte quale è in sostanza la regola de' nostri due articoli? La è una disposizione di umanità, di pietà per la sventura, di seusa per l'errore; or perchè il legislatore dovrebbe occuparsi meno della buona fede della donna che si marita per errore ad un morto civilmente, che della buona fede di colei che per errore sposò un individuo di già maritato?... I principii dell'equità si affrettano adunque a quelli del dritto per attribuire ad ogni matrimonio nullo gli effetti civili.

E però il Codice in questi articoli si è espresso in modo da abbracciare tutti i casi. Parla del matrimonio *dichiarato nullo*, che comprende sia quello che il giudice ha riconosciuto esser tale, sia quello che ha annullato; quindi in cambio di dire, come nel sistema contrario avrebbesi dovuto praticare, che questo matrimonio *conserva i suoi effetti civili*, dice e ripete ne' due articoli in disamina che *produce gli effetti civili*.

Infine, e noi di già lo abbiamo detto nell'articolo 25 n.° VII (1), quest'attribuzione degli effetti civili al matrimonio contratto in buona fede con un morto civilmente fu proclamata al Consiglio di Stato, non già come un punto dubbioso e sul quale era mestieri dare dilucidazioni, ma al contrario, come una conseguenza tanto chiara dell'art. 202 [192], che che non adottarono questa istituzione. Vedi la nota (1) pag. 93. (Nota del traduttore.)

(1) Quest'articolo riguardante la morte civile non fu riprodotto nelle nostre leggi, come quelle

tornava inutile tenerne parola, e niuno fu effetti pensò di opporvisi.

È vero che l'articolo, il quale dà luogo alla snriferita riflessione, non fu scritto nel Codice, o Zachariae sostiene che una tale idea da lui qualificata quale *opinione individuale*, fu implicitamente rejecta per la soppressione di quell'articolo. Ma è evidente la futilità della sua asserzione. Nella seduta del 5 vendemmiale anno X, fu presentato e discusso un articolo destinato ad organizzare l'azione di nullità contro il matrimonio contratto da un morto civilmente: Malleville, Réal, Tronchet, Regnauld, Cambacérès ed il primo Console presero parte alla discussione. Malleville fu di parere che l'azione competeva a tutti; Réal opinò che fosse accordata al solo coniuge ingannato; Tronchet e Regnauld gli risposero che l'uno de' contraenti sendo legalmente morto, sarebbe certo contraddittorio attribuire effetti al suo matrimonio relativamente ai terzi, e che la legge non può neanche riconoscere i suoi figliuoli. — « Almeno, soggiunse Réal, lo stato de' suoi figli potrebbe essere assicurato mercè della buona fede dell'altro coniuge » — « Sì », disse Tronchet: ma gli effetti di questa buona fede formano un'eccezione ai principi e si limiteranno al coniuge ingannato ed ai suoi figli. » Dopo questa riflessione di Tronchet, la quale faceva vedere che l'osservazione di Réal, peraltro giustissima, era fuor di proposito per la questione, perciocchè l'articolo in disamina non versava sull'eccezione, ma sul principio, Cambacérès, ripigliandone la discussione di questo articolo, opinò essere forse assai meglio lasciarsi, secondo le circostanze, decidere da' tribunali in quanto tempo e da chi si potesse tentare l'azione. Finalmente, Bonaparte, col suo elevato ingegno, disse che, legalmente l'individuo essendo morto, non poteva, rispetto al medesimo, legalmente sussistere matrimonio alcuno, e quindi era inutile scrivere un articolo per organizzare l'annullamento di simili matrimoni; e l'articolo, come realmente doveva avvenire, non fu adottato (Ved. Fenet, tom. IX, pag. 48, 49 e 50).

Laonde, il non aver avuto posto nel codice questo articolo è una prova sufficientissima di ciò che noi abbiamo detto nell'articolo 25, e nelle osservazioni preliminari a questo capitolo, e nell'art. 183, cioè, che legalmente e pei principi di diritto, il matrimonio del morto civilmente non esiste e quindi non vi è necessità cassarlo, o meglio non può essere cassato; ma è chiaro poi che ciò nulla prova contro l'eccezione che per effetto della buona fede abbiamo a questa regola del diritto. L'insieme della discussione dimostra precisamente il contrario: perciocchè l'osserva-

zione di Réal lungi dal sembrare erronea a taluno, ovvero dubbiosa soltanto, fu positivamente approvata dal suo avversario Tronchet, senza che il primo Console, Cambacérès, od alcun altro degli opinanti l'avesse criticata.

È però per principio di equità, per teoria giudizica e per istoria della redazione del Codice, è provato che i matrimoni nulli *ab initio*, e quelli annullati per sentenza, producono gli stessi effetti civili di un matrimonio valido, quando vi è stata buona fede.

II. — Ed è a condizione di questa buona fede de' coniugi o d'uno di essi, che il loro matrimonio nullo produce gli effetti civili. Dalla legge, come scernesi da' due nostri articoli, soltanto questa condizione è richiesta. La buona fede consiste nel pensiero erroneo ma ragionevole, dell'individuo che il matrimonio da lui contratto sia veramente valido dinanzi la legge.

Abbiamo detto *pensiero ragionevole*; conciosiachè non potrebbe riconoscersi buona fede, ignoranza perdonabile in colui che asserisse ignorare che un uomo non può togliere in moglie più donne; che la legge non riconosce il matrimonio celebrato solamente innanzi ad un prete e di soppiatto del sindaco; che un morto civilmente non può contrarre un matrimonio civile. In effetti, la è cosa a tutti nota, che la bigamia è punita qual delitto, e che la legge riconosce i soli matrimoni contratti alla presenza dell'uffiziale civile; quanto alla morte civile, assai poco conosciuta presso il popolo, il confessiamo, è una istituzione, il cui solo nome dovrebbe essere di sprone a chiunque è poco istruito di aver la precauzione di farsene descrivere gli effetti. Gli individui quindi che abbiano celebrato il loro matrimonio soltanto innanzi la Chiesa, il bigamo, il morto civilmente, ed anche le persone che con questi scientemente si fossero maritate, non potrebbero reclamare gli effetti della loro pretesa buona fede. L'unico oggetto, cui è uopo por mente, e che è necessario sempre richiedere, è la ignoranza veramente perdonabile dell'esistenza o dell'effetto legale del fatto che ostacolava la validità o la contrattazione del matrimonio: è uopo, per ripetere la regola per ben due fiate espressa ne' nostri articoli, che vi sia stata BUONA FEDE. Tutto si riduce a ciò; o siccome è un punto di fatto, che dipende, per ogni ipotesi, da mille circostanze che abbiano potuto aver luogo, così reputiamo di niuna utilità le tante quistioni che gli autori su questa materia hanno suscitato, la quale è abbandonata interamente al potere discrezionale del giudice.

Per esempio: un infame, onde poter ingannare una giovane orfana, cui è caro il pro-

prio onore, seduce mercò denaro il cancelliere d'un villaggio, non meno infame di lui, e dopo le pubblicazioni ed ogni altra formalità si celebra innanzi a costui, che rappresenta il sindaco, un'unione che la giovine e gli amici di lei credono un matrimonio legale. Arroggi, se il vuoi, a compimento di sì fatta commedia una benedizione nuziale che il cancelliere, il quale è anche chierico della parrocchia, fa dare da un altro miserabile suo pari, e bel bello poscia insieme se la svignano in paese straniero. Allorchè la giovane, abbandonata a capo di qualche mese, vedrà giudiziariamente dichiarare la nullità del preteso matrimonio per difetto di celebrazione innanzi ad un ufficiale pubblico, il contratto puramente naturale, che in questa ipotesi si è formato, produrrà effetti legali? Noi pensiamo di sì, sul riflesso che vi è stata buona fede. E per qual motivo non dovrebbe produrli? Perchè mai la sventurata giovinetta legalmente dovrebbe considerarsi qual concubina, e la prole che ha nel seno bastarda? non è forse giustissima la legge nel volere tutt'altro che ciò, e potentissima per farlo?

Demolombe, che Insiem con noi è contrario (III, n.° 353-356) alla dottrina di Zachariae, non osa, come qui facciamo, spingersi tant'oltre, ed insegna (n.° 354) che la ipotesi del falso matrimonio testè citata, non gode del beneficio dell'articolo 202 [192]. E mestieri, esso dice, che vi sia stato almeno un tal quale matrimonio, una vera celebrazione. Ma qui Demolombe non è inconsequente al principio che ha adottato al pari di noi?... Quando si pretende con Zachariae che la legge si limita qui a conservare al matrimonio, dapprima esistente e poscia annullato, gli effetti che per questo annullamento gli dovrebbero esser tolti, egli è ben facile asserire, che la celebrazione meramente apparente e menzognera, solennizzata da un individuo che non era l'uffiziale dello stato civile, non costituirà un matrimonio putativo: ma riconoscendo con Demolombe, che la legge ha voluto estendersi fino a crear gli effetti del matrimonio, per attribuirli per finzione ad un atto che non è un matrimonio, il quale non ha avuto giammai alcuna esistenza giuridica, e che non doveva generare alcuno di questi effetti; riconoscendo che gli effetti civili traggono la loro origine unicamente dalla volontà del legislatore e si realizzano in mancanza di ogni principio produttore, come mai si potrà asserire, essere indispensabile la celebrazione reale, e quella apparente essere insufficiente?...

Il giudice quindi non dovrà che esaminare questa questione: vi è stata in realtà buona fede tra i coniugi o in uno di essi? Ciascuno

de'coniugi od un solo di essi ha dovuto ragionevolmente credere alla validità del matrimonio?

Del rimanente, è necessario che la buona fede esista soltanto al momento della celebrazione del matrimonio, e, quand'anco i coniugi si fossero rimasti uniti lungo tempo dopo scoperto l'errore, questa buona fede primitiva sarebbe sufficiente e produrrebbe gli stessi effetti come se fosse continuata infino alla dichiarazione di nullità. La legge doveva essere indulgente in simili casi: il pensiero che la causa di nullità potrebbe svanire e rimanere ignorata da tutti, la speranza di vederla rimossa, il timore d'espore un congiunto ad una condanna criminale, l'onta che ha rattenuti i coniugi e gli ha impedito di divulgare il loro stato, sono motivi possenti di scusa, e noi non ci maravigliamo che la legge accorda gli effetti civili, pel solo riflesso che il matrimonio fu contratto di buona fede. La legge quindi, sotto questo rapporto, concede alla buona fede, e realmente doveale accordare un effetto più esteso di quello conceduto al possessore non proprietario, di raccogliere i frutti di un bene. In effetti per l'articolo 549 [474] non è sufficiente a costui, per far suoi i frutti, d'essersi in buona fede mosso in possesso della cosa, ma è uopo che possedga in buona fede attualmente ed al tempo in cui li raccoglie.

Un'ultima questione ci rimane a decidere intorno alla buona fede. In un giudizio nel quale l'uno de' due contendenti pretende che il matrimonio deve produrre gli effetti civili per effetto della buona fede, e l'altro che no, perchè da' coniugi fu contratto con piena conoscenza della sua nullità, spetterà al primo il provare la esistenza della buona fede, o al secondo che questa non esisteva? In altri termini, è la buona o la mala fede che si presume fino alla prova contraria?... E la buona fede; perciocchè d'ora presumersi quel che è di regola, non quel che è di eccezione: or il delitto, la frode, è l'eccezione. Questo principio è proclamato dal Codice in un caso molto meno favorevole, e per interessi pecuniari in materia di prescrizione (art. 2163 [2174]).

Tuttavia si fatta decisione è da applicarsi soltanto all'errore di fatto e non a quello di dritto. In effetti è regola irrefragabile, e che forma la base fondamentale di ogni legislazione, che al pubblicarsi una legge tutti i cittadini son riputati conoscerne le sue disposizioni: *Nemo jus ignorare censetur*. Colui quindi che reclama gli effetti civili del matrimonio, allegando soltanto la sua ignoranza scusabile del dritto, è tenuto a provarla per distruggere la presunzione generale che contro di lui si eleva. Se, ad esempio, una donna dicesse che al momento della cele-

brazione sapeva che l'uomo cui maritavasi era suo cognato, o che era morto civilmente; ma che ella ignorava, ed in maniera accettabile, esser ciò una causa di nullità, è chiaro che a lei spetterebbe provare questa sua asserzione. Ella otterrebbe l'intento dimostrando che era stata ingannata da individui capaci ad istruirla cui per quest'oggetto erasi diretta. In questo caso l'errore di dritto, che gli autori e gli arresti a torto dicono esser inefficace (1), deve evidentemente produrre gli stessi effetti che l'errore di fatto (2).

III. — Quali effetti intanto produce il matrimonio putativo? È un punto questo su cui disputano gli autori più gravi, ma per verità senza alcun fondamento. Così, il matrimonio putativo legittimerà, giusta l'art. 331 [253], i figli naturali che i coniugi avevano avuti insieme prima del loro matrimonio? Concederà ad una parte in opposizione dell'altra, il dritto di successione che l'art. 767 [683] accorda al coniuge superstite, allorché il defunto non lascia né parenti in dodicesimo grado, né figli naturali riconosciuti? Queste ed altre simiglianti quistioni si dileguano tosto che si è ben compreso in che consista un matrimonio putativo, il che si ottiene ravvicinando poche idee semplicissime.

L'articolo 201 [191] ci dice, che il matrimonio contratto in buona fede e dichiarato nullo produce ciò non ostante gli effetti civili, cioè che quantunque in realtà esso sia nullo, pure produce gli stessi effetti del matrimonio che non è nullo, gli effetti ordinari del matrimonio valido. Ma continuerà a produrre questi effetti dopo essersi dichiarata la nullità? Certamente che no, e l'opposto non si può neppure pensare. Per la qual cosa ogni matrimonio che non è valido, ma che si è contratto in buona fede, produce gli effetti del matrimonio valido nell'intervallo che intercede tra la celebrazione e la dichiarazione giudiziaria di nullità; e dopo essersi questa proferita, non ne produce più alcuno, ma quelli prodotti prima si manterranno per sempre.

Sicché, per favore potentissimo del legislatore ed in eccezione de' principj rigorosi, il matrimonio putativo rimane valido finché la dichiarazione di nullità non lo scioglie. Per conseguenza esso produrrà gli stessi effetti che produrrebbe un matrimonio il quale, valido secondo i principj della legge, fosse sciolto da un divorzio al momento che la nullità è dichiarata.... Con queste idee semplicissime, tutto riesce facile.

E però, il matrimonio putativo legittime-

rà i figli naturali? Al certo che sì. La legittimazione de' figli naturali non è forse un effetto civile del matrimonio? Senza affaticarci ad investigare il motivo pel quale nell'anzidetta quistione Merlin (Repert. v. *Legittimaz.*, sez. 2), Proudhon (II, pag. 170) e Toullier (I, 657) si sieno attenuti alla negativa, confessiamo francamente non saper comprendere come il semplice dubbio abbia potuto ingenerarsi in alcuno, ad onta dell'obbiezione che ricavano dalle ultime parole dell'art. 202 [192].

La legge, si dice, non fa esistere gli effetti civili che a vantaggio de' figli nati dal matrimonio; questi effetti quindi non possono reclamarsi da' figli nati prima del medesimo. Questa obbiezione non ha valore. Nè può dirsi con Zachariae (III, pag. 245), che l'articolo 333 [255] mettendo i figli legittimati nella stessa linea de' figli legittimi, quelli legalmente si reputano nati dal matrimonio; il che sarebbe una petizione di principio, poichè il figlio per la sua legittimazione è reputato procreato dal matrimonio; e la quistione consiste precipuamente nel sapere se vi sarà legittimazione. L'argomento di quest'autore suppone compiuta la legittimazione, per dimostrare che questa è possibile! Ma l'obbiezione non cessa d'essere insignificante. Conciosiacchè il pensiero del legislatore su gli effetti del matrimonio putativo dee si trarre dall'insieme de' due articoli e non isolatamente dalle ultime parole del secondo articolo. Se si potesse così procedere mediante argomenti a contrario, giudicatamente cavati dall'interpretazione di un membro d'un periodo, bisognerebbe innanzi tratto dire, che se il figlio naturale non può essere legittimato nel caso dell'articolo 202 [192], il quale parla de' figli nati dal matrimonio, ciò al contrario sarebbe praticabile nel caso dell'art. 201 [191], ove si parla de' figli in generale. Ma una simile dottrina sarebbe oltremodo ridicola. Inoltre bisognerebbe dire, che nello stesso caso dell'articolo 201 [191], gli effetti del matrimonio putativo non potrebbero essere invocati da altri interessati, eccetto i coniugi ed i figli, poichè il medesimo non parla che di costoro; or, a niuno, ne siam certi, potrebbe sorgere la idea d'approvare una simigliante proposizione.

È chiaro quindi che il vero pensiero dei due articoli è il seguente: 1.º quando vi ha buona fede fra tutti e due i coniugi, gli effetti legali possono essere invocati da chiunque-

(1) Delvincourt, Toullier (I, 458), Duranton (II, 351), Vazeille (I, 272), Colmar, 44 giugno 1838; Poitiers, 7 gennaio 1845. (Devilleu. 38, 2, 315; 45, 2, 215).

(2) Zachariae (III, pag. 244-245). Demolombe (III, 357 e 359); Parigi, 48 dicembre 1837; Rlg. 71 agosto 1841; Limoges, 25 agosto 1841; Limoges, 5 gennaio 1845 (Devilleu. 44, 4, 616; 42, 2, 484).

sia: da' coniugi, da' loro figli e da tutti gl'interessati, rappresentanti gli uni o gli altri; 2.° quando un solo de' coniugi è in buona fede, gli effetti competono al medesimo, ai figli ed ai loro rappresentanti; e niun diritto vi ha il coniuge di mala fede ed i suoi rappresentanti. La regola, che attribuisce gli effetti legali a chicchessia, si contiene nell'articolo 201 [191]. L'articolo 202 [192] poi ci fa conoscere unicamente l'eccezione che esso contiene all'anzidetta regola relativamente al coniuge di mala fede ed ai suoi aventi causa. Il matrimonio putativo adunque opererà la legittimazione de' figli: e per accogliere una contraria opinione sarebbe uopo rinunziare nell'insieme a tutte le idee della legge.

Del rimanente, egli è ancora manifesto che questa legittimazione non sarebbe possibile pei figli incestuosi od adulterini, poichè per costoro anche un matrimonio valido non è efficace a produrla, giusta l'art. 331 [253]. Una giovine, ad esempio, procrea un figlio con un uomo coniugato che ella crede libero: costui in seguito, ingannando l'uffiziale pubblico, la impalma: i figli che nasceranno da questo matrimonio, nell'intervallo della sua celebrazione al suo annullamento, saranno legittimi in forza della buona fede della madre, ma quello nato prima del matrimonio non potrà essere legittimato. E niuno di ciò potrà maravigliarsene, perciocchè l'articolo 331 [253], che si oppone alla legittimazione, vi si opporrebbe egualmente, quando per la morte della prima moglie, si renderebbe possibile tra costoro un matrimonio valido e nel vero senso legittimo. Per conseguenza i figli incestuosi od adulterini possono qualche volta trovarsi nello stato di legittimi, ma non mai in quello di legittimati.

Non è difficile decidere, se dichiaratasi la nullità del matrimonio, il coniuge di buona fede avrà in faccia all'altro il dritto di successione stabilito dall'art. 767 [683] (1). La negativa è evidente. Questo dritto, infatti, non è accordato a chi è stato coniuge legittimo del defunto, ma a colui che ha sì fatta qualità al momento dell'apertura della successione; e l'articolo 767 [683] accorda un tale beneficio al coniuge non divorziato. Il coniuge putativo quindi succederà all'altro quando questi morrà prima di dichiararsi la nullità.

Ma come dovrà regolarsi questo diritto di successione, se in caso di bigamia fosse reclamato dalle due mogli, l'una legittima, l'altra putativa, d'un medesimo individuo, il quale innanzi di sciogliersi il primo matrimonio

valido, ne avesse contratto un secondo, non annullato al tempo della sua morte?... Tutti e due si dividerebbero la di lui successione per metà, avendo entrambe un dritto identico, l'una pe' principi generali, l'altra per favore della legge, e si trovano, in mancanza di parenti, nella stessa condizione in cui sarebbero due figli di questo bigamo, nato l'uno da un matrimonio valido, l'altro da un matrimonio contratto in buona fede con una seconda donna.

IV. — Osserviamo finalmente in qual maniera si effettua la divisione della comunione e l'attribuzione delle donazioni reciproche o pur no, che i coniugi abbian potuto fare, essendo entrambi od un solo di essi di buona fede.

Quando vi sarà buona fede in amendue i coniugi, il matrimonio, producendo gli effetti legali per l'uno e l'altro, la comunione si dividerà come se fossero due coniugi divorziati, ovvero si dividerà come praticasi fra un coniuge e gli eredi dell'altro all'epoca della di costui morte: in altri termini, nella comunione legale, la divisione sarà fatta secondo le regole del Codice; e nella convenzionale, conformemente alla clausole del contratto. Similmente le donazioni che i coniugi si avranno potuto fare, s'eseguiranno come nel caso di matrimonio legittimo, e notisi che ove si trattasse di liberalità che dovessero avere effetto alla morte de' contraenti, le medesime non si realizzeranno che a quest'epoca.

Allorchè un solo de' coniugi è in buona fede, i risultati legali del matrimonio sendo in questa ipotesi tutti a suo vantaggio, e non essendo per conseguente impedito a rinunziarvi, egli potrà secondo che stimerà convenirgli, dimandare che si dividano i beni comuni come il prodotto di una società ordinaria, per ottenerne una parte proporzionata al capitale da lui messo, od invocare gli effetti civili, per dividere la comunione pura e semplice, secondo le regole del Codice, o secondo le clausole onde fu contratta. Quanto alle liberalità stipulate nel contratto, il coniuge di buona fede potrà solo e sempre reclamare quelle fatte a suo profitto, quand'anco le medesime fossero reciproche col coniuge di mala fede. La ragione si è, che le liberalità fatte da una persona non debbono essere riguardate, e dalla legge in fatti nol sono, come aventi la lor causa nella liberalità reciproca di cui questa persona è l'oggetto, ma soltanto nell'idea benefica di procurare un vantaggio. In effetti di due donazioni reciproche, se ciascuna avesse la sua causa nell'altra, ne seguirebbe, che l'una mancando, l'altra rimarrebbe senza causa e quindi diverrebbe nulla ai termini dell'articolo 1131 [1081]. Ma la

(1) Vedi la nota (1) pag. 207. (Nota del trad.)

è altrimenti; poichè riconoscere la causa di una donazione in un'altra donazione, sarebbe lo stesso che togliere alla prima la qualità di essere un atto gratuito, nel che precisamente consiste la donazione. Il Codice nell'articolo 300 [229] (1) parlando del divorzio consacrava espressamente questo principio di ragione.

In caso di bigamia come si divideranno le due comunioni, cui il bigamo avesse successivamente dato luogo con ciascuna delle due sue mogli?... La prima moglie avrà sempre la metà (o altra frazione stipulata nel contratto) di tutti i beni comuni, diminuiti soltanto della porzione e degli utili spettanti alla seconda moglie, la quale, se è di mala fede, avrà l'anzidetta porzione ed i lucri corrispondenti; se poi è di buona fede, potrà, a sua scelta, o dividere nel modo che abbiamo indicato, come se si trattasse d'una società ordinaria, ovvero prendere su' beni del bigamo ciò che il matrimonio le avrebbe procacciato se fosse stato legittimo. Così, Tizio, maritato in comunione con Prima, ed avendo un fondo sociale di 60,000 fr., impalma, anche con comunione, Seconda che gli reca 40,000 fr. Quest'ultimo matrimonio dura due anni, durante i quali la novella comunione, confusione di due comunioni successive, dà 10,000 fr. di utile. Scorsi questi due anni Tizio muore, lasciando una comunione che ascende alla somma di 110,000 fr. Ecco in qual modo saranno regolati i conti:

Per fissare la parte di Prima, si dedurranno i 40,000 fr. recati da Seconda ed i 4,000 di utili corrispondenti; quindi rimarranno 66,000 fr., su' quali Prima prenderà la porzione che il contratto le attribuisce, se è maritata in comunione convenzionale; ed avrà la metà, cioè 33,000 fr. se è maritata in comunione legale. Seconda intanto, supposta di mala fede, si avrà la porzione e gli utili, di cui testè abbiamo parlato, cioè 44,000 fr., che le appartengono in forza della società di fatto che è esistita tra lei e Tizio; ma supponendola di buona fede, si avrà la scelta tra questo stesso risultato e quello che il matrimonio considerato come legittimo le avrebbe offerto. Così, nella ipotesi che si sia maritata in comunione legale, il fondo comune trovandosi essere di 110,000 fr., ella avrà dritto a 55,000 fr. i quali riuniti a' 33,000 di già presi da Prima, non lasceranno agli eredi di Tizio che 22,000 fr.; ma se nel contratto nuziale avesse stipulata una comunione convenzionale che le attribuisse semplicemente il terzo, su' 110,000 fr. spettandogliene soltanto 36,000, ella avrebbe il dritto di ripu-

(1) L'articolo 229 delle nostre leggi civili parla del coniuge che avrà ottenuta la separazione personale e che conserverà i lucri accordatigli dal-

diare gli effetti legali del matrimonio e di considerare la comunione come una società ordinaria, per ottenere i 44,000 fr. di sopra menzionati.

Quel che abbiamo indicato per Seconda sarebbe identicamente lo stesso, se in luogo di morir Tizio, si fosse sciolto il secondo matrimonio; ella prenderebbe sempre sul fondo comune, quale che fosse al giorno dell'annullamento, il suo capitale ed i lucri, ovvero la porzione fissata o dalla legge o dal contratto. Ma in questo caso a Prima non spetterebbe nulla, continuando la comunione ad esistere tra lei e Tizio.

Noi abbiamo udito sostenere, che nel matrimonio putativo, è dal giorno in cui è intentata l'azione di nullità, e non dal dì in cui questa è pronunziata che la unione cessa di produrre gli effetti legali in quanto ai beni; di maniera che questi effetti, sotto gli altri rapporti, si continuerebbero a produrre fino al dì dell'annullamento. Fondano una tal dottrina sul secondo comma dell'art. 1415 [1409], il quale dichiara che il giudizio di separazione di beni risale, quanto ai suoi effetti, fino al giorno della domanda. E chiara l'importanza di quest'idea per i beni che cadrebbero nella massa comune nell'intervallo, qualche volta assai lungo, che corre tra la domanda e la sentenza. Ma questo è un errore: il matrimonio putativo dura, sia per i beni, che per tutt'altro, fino al giorno della dichiarazione di nullità, e l'articolo 1415 [1409] non ha alcuna analogia con la materia che trattiamo.

Nell'articolo 1443 [1409] si tratta della domanda avanzata dalla moglie, nello scopo unico di far separare i suoi interessi pecuniari da quelli di suo marito, la cui cattiva amministrazione compromette i beni comuni; e la legge, per timore che il marito, durante l'intervallo che intercede tra la domanda e la sentenza, non dissipasse il resto de' beni, dichiara che per l'effetto posteriore della sentenza il dritto che egli ha di disporre gli venga tolto retroattivamente a muovere dalla medesima domanda. Or quest'effetto retroattivo non ha luogo e nol doveva avere che in quelle dimande ove trattasi di proposito e principalmente di separazione di beni, e non nei casi in cui questa si realizza quale conseguenza di un altro fatto. Così, nel caso di divorzio, la separazione di beni aveva luogo nel giorno in cui la sua pronuniazione scioglieva lo stesso matrimonio; ed invano si cercherebbe nel titolo del *Divorzio* una disposizione che riproduca la regola del secondo comma dell'articolo 1443 [1409]. Co-

l'altro coniuge, e non del coniuge divorziato come nell'art. 300 del codice francese, non essendo riconosciuto appo noi il divorzio (*Nota del trad.*)

si ancora, nel caso di separazione personale, vedremo nell'articolo 311 (1) che la separazione de' beni, che ha luogo come una conseguenza forzosa della prima, non comincia che dalla sentenza. Ed in verità vi hanno due ragioni per essere la cosa così: perciocchè il dissipamento del marito non essendo ivi fondato, il timore, che fu il motivo che fece dettare l'articolo 1445 [1409], cessa di esistere; ed in seguito, avendo luogo la separazione de' beni, non come concessione di una dimanda formale, ma soltanto come conseguenza di un altro fatto, ossia il divorzio o la separazione personale, sarebbe lo stesso che allargare l'effetto innanzi la causa, facendo cominciare questa prima che avesse principio la separazione personale o il divorzio. Laonde, nel matrimonio putativo, lo scioglimento della società patrimoniale non avendo luogo che come conseguenza della disunione de' coniugi, esso non daterà che dal giorno della dichiarazione di nullità, e fino a questo momento il matrimonio putativo produrrà gli effetti legali non pure per i beni, che per tutto il resto.

Per ciò che riguarda i figli, è superfluo dire che godranno gli effetti civili del matrimonio sì pel coniuge in buona fede, che per l'altro di mala fede. Così, se il padre è di mala fede, in faccia a lui i figli saranno legittimi, quantunque egli non sia per loro che un padre naturale; eglino succederanno a tutti i di lui parenti ed a lui stesso, e solo i di lui parenti, e non egli, succederanno loro. Beninteso però che allorchè noi diciamo che i figli succederanno al loro padre, supponiamo che questi non sia morto civilmente; perciocchè ove il fosse, la successione non sarebbe più possibile, non già perchè i figli fossero incapaci a raccoglierla, sendo essi sempre legittimi, ma perchè il padre sarebbe incapace di trasmettere. Del resto questa idea e quelle che vi hanno connessione furono già abbastanza spiegate nell'art. 25, n.º VIII, IX e X, ove noi confutammo gli errori contrari, professati su questa materia da Merlin e Delvincourt (2).

Poichè, in questo caso, il padre e la madre per favore della legge si trovano o tutti e due genitori legittimi, o l'uno legittimo e l'altro naturale legalmente riconosciuto (perciocchè pel coniuge di mala fede il matrimonio nullo equivale forzosamente ad una riconoscenza, eccetto i casi d'incesto e d'adulterio), ne segue che bisogna all'uno ed all'altro applicare, in una maniera distributiva, le regole che sono state o che saranno spiegate.

(1) L'articolo 311 del codice napoleone, in cui è scritto che la separazione personale produrrà sempre la separazione de' beni, non ha corrispondenza nelle nostre leggi. (Nota del traduttore.)

te per i dritti pecuniari, o quelle relative alla potestà de' genitori, naturali o legittimi, i sui loro figli, e massime quelle indicate nel capitolo I di questo titolo intorno al consenso ed al consiglio richiesto pel matrimonio.

V. — Secondo le spiegazioni che abbiamo dato su questi due articoli, per ben intendere gli effetti, diversi secondo i casi, che un matrimonio può produrre, e per dettagliare le categorie diverse in cui può essere il medesimo alligato, è necessario distinguere quattro classi di matrimoni:

1.º Il matrimonio nullo, contratto in mala fede da entrambi le parti, il quale non può produrre mai alcuno effetto;

2.º Il matrimonio annullabile, eziandio contratto in mala fede da amendue i contraenti, il quale produce tutti gli effetti del matrimonio finchè non è cassato, e può anche divenire inoppugnabile sotto alcune condizioni; ma che cessa retroattivamente d'aver esistenza insieme con tutti i suoi effetti, allorchè se ne pronunzia l'annullamento;

3.º Il matrimonio nullo ed annullabile, ma contratto in buona fede dalle parti, o da una di esse, il quale, nell'intervallo che intercede tra la celebrazione e la dichiarazione di nullità, è pacificato ad un matrimonio valido e ne produce gli effetti che conserva per l'avvenire, inquischè la sua dichiarazione di nullità riducesi ad un semplice scioglimento;

4.º Infine il matrimonio valido secondo i principj della legge.

Abbiamo quindi: 1.º *matrimonio all'intutto nullo*; 2.º *matrimonio all'intutto annullabile*; 3.º *matrimonio putativo*, cioè a dire nullo o annullabile secondo i principj della legge, ma valido per favore; 4.º *matrimonio valido*.

Del rimanente, e le spiegazioni precedenti il fanno egualmente intendere, queste quattro classi si riducono definitivamente a due: 1.º al matrimonio valido, e 2.º al matrimonio nullo.... In effetti, da una parte il matrimonio valido comprende: 1.º il matrimonio valido per principj; 2.º il matrimonio putativo; 3.º il matrimonio annullabile fino a tanto che non è cassato. Dall'altra, il matrimonio nullo abbraccia le altre rimanenti specie, cioè a dire il matrimonio nullo *ab origine*, ed il matrimonio annullabile, tosto che mediante cassazione si rende nullo.

CAPITOLO V.

DELLE OBBLIGAZIONI CHE NASCONO DAL MATRIMONIO.

Il matrimonio dà luogo, sia tra l'uno o l'altro coniuge, sia tra essi ed altre persone,

(2) Presso noi non vi è morte civile; però la pena dell'ergastolo produce quasi tutti gli effetti della morte civile, come si rileva dall'art. 16 delle leggi penali. Vedi la nota (3) pag. 87. (N. del T.)

ed obbligazioni di natura diversa, che tutte o la più parte si potrebbero credere riunite nel presente capitolo, ove come esatta si accettasse la generalità della sua rubrica: *Delle obbligazioni che nascono dal matrimonio*. Ma non è così. Dapprima quelle tra le anzidotte obbligazioni, il cui obbietto è moralmente pecuniario, non sono spostate nel presente titolo *Del matrimonio*, ma nel titolo V del libro III: *Del contratto di matrimonio* (art. 1387 [1341] e seguenti). I dritti ed i doveri di un ordine superiore non sono neppure tutti trattati nel nostro titolo, ma costituiscono l'obbietto principale del titolo IX: *Della patria potestà*. Finalmente, quollistes- si su cui si versa il nostro titolo formano l'argomento di due capitoli, cioè del capitolo IV, il quale parla de' dritti e de' doveri rispettivi tra coniugi, e del presente il quale si occupa di qualcuna delle obbligazioni che il matrimonio fa nascere tra coniugi ed altre persone.

203 [193]. I coniugi contraggono unitamente, pel solo fatto del matrimonio l'obbligo di nutrire, mantenere ed educare i loro figli (1).

SOMMARIO.

- I. Inesistenza dell'articolo. L'obbligo nasce dal fatto della generazione, e non dal solo fatto del matrimonio.
- II. Qui trattasi del dovere di educazione.
- III. Questo dovere è richiesto dalla legge anche per i figli naturali. — È indipendente dalla patria potestà.

I. — Inesattissimo è il pensiero di questo articolo. L'obbligo pel padre o per la madre di educare i propri figli (il che comprende il nutrirli ed il mantenerli) non si contrae per convenzione, nè risulta dal matrimonio; imperocchè esso è identicamente lo stesso sieno o no maritati i genitori. Esista o no matrimonio, sempre ed unicamente il fatto della generazione dà vita all'obbligo consacrato dal nostro articolo. E però quest'obbligo non deriva da un contratto o da una convenzione; ma da un quasi-contratto, come chiaro risulta dagli art. 1370 e 1371 [1324 e 1325]. E si fatta verità non è soltanto proclamata dal dritto naturale, ma eziandio dal Codice civile, poichè questo accorda il dritto agli alimenti non solo ai figli legittimi, ma anche ai naturali ed agli stessi incestuosi ed adulterini (art. 762, 763, 764 [678, 679] (2)). La

(1) L'articolo 193 si legge così nelle nostre leggi civili — « I coniugi contraggono col solo fatto del matrimonio, l'obbligazione di nutrire, mantenere ed educare i loro figli. Però il padre è tenuto in primo luogo, quindi l'avo o proavo paterno, ed in sussidio la madre ». Quest'ultimo inciso è tutto nuovo nelle nostre leggi. (N. del T.).

disposizione del nostro articolo quindi richiedeva una redazione diversa e doveva essere estranea al titolo *Del matrimonio*.

II. — È unicamente del dovere di educazione che intende parlare il nostro articolo, e non del debito degli alimenti, che è una cosa del tutto diversa.

Il dovere di educazione, il dovere di allevare i figli, che abbraccia la nutrizione ed il mantenimento, dura finchè i medesimi non sieno giunti allo stato di provvedere ai loro bisogni, e termina, per conseguente, con la loro maggiore età od emancipazione. L'obbligo degli alimenti non può nascere che quando il primo dovere è cessato, ed esista qualunque età del figlio, sotto la duplice condizione del suo bisogno attuale e della possibilità del padre e della madre a soddisfarlo. Il dovere d'educazione de' genitori rispetto ai figli non è suscettivo di reciprocità; laddove per l'opposito il debito degli alimenti esiste contro i figli a vantaggio dei genitori sotto le due condizioni inverse a quelle testè indicate. Il dovere di educazione, che esiste sempre pe' genitori verso la lor prole, e non mai viceversa, colpisce specialmente il padre e la madre; esso non si estende giammai al suocero ed alla suocera, e non può risalire fino agli avi ed alle avole che in mancanza del padre o della madre; il debito degli alimenti, per contrario, esiste pel suocero e la suocera, ed ha luogo per gli avi e la avole insieme col padre solo o colla madre sola (Ved. art. 205, 206 (3), 207 [195, 199]).

Affermiamo che il nostro articolo non prevede che il dovere d'educazione; ed il filo delle idee del legislatore nel nostro capitolo ne è ben valida pruova. In effetti, quest'articolo 203 [193] considera il figlio dopo la sua nascita infino al momento in cui è allevato, e consacra a suo vantaggio, per tutto questo intervallo, il dovere d'educarlo; l'art. 201 [191] lo considera quando è in età da poter prendere uno stato; l'art. 205 [195] lo guarda allorchè è divenuto uomo, e gl'intima il debito di alimentare i suoi genitori o gli altri ascendenti; l'articolo 206 provvedendo il caso del suo matrimonio, estende quest'obbligo del figlio, divenuto coniuge, a vantaggio del suocero e della suocera; finalmente l'art. 207 [106] ci fa conoscere che tutti coloro, cui questo figlio deve gli alimenti, son tenuti

(2) L'articolo 679 delle nostre leggi civili contiene le disposizioni degli articoli 763 e 764 del Codice francese. (Nota del traduttore).

(3) L'art. 206 del Codice napoleonico non fu adottato nelle nostre leggi civili, come da qui a poco vedremo. (Nota del traduttore).

egualmento a prestarli a lui, in guisachè si fatto obbligo soltanto in questo articolo 207 [107] è imposto al padre ed alla madre... Indubitatamente per altro questa distinzione era nel pensiero dei redattori del codice, i quali dopo di aver adottato il nostro articolo e gli art. 203 [195] e 206, cioè dopo di aver imposto ai genitori l'obbligo d'educazione, ed ai figli adulti il debito degli alimenti, erano tra loro discordi se questo medesimo dovere dovesse imporre al padre ed alla madre, di cui il progetto non faceva alcuna menzione. Nella discussione dell'art. 207 [196] il Consigliere Réal diceva che la sezione di legislazione aveva aggiunto la voce *alllevare* precisamente per far conoscere che l'obbligo di nutrire e mantenere, imposto dall'art. 203 [193], veniva ristretto alla prima età (Fenet, IX, pag. 67). Il dubbio dunque non è possibile (1).

E però avvi inesattezza ed altresì pericolo a confondere, come ha fatto Domante (I-238-2°), l'obbligo di nutrire e mantenere che fa parte integrante di quello di allevare, e che è consacrato dal nostro articolo, con l'altro di nutrire e mantenere, costituente il debito degli alimenti, e che è in prosieguo imposto al padre ed alla madre dall'art. 207 [196], spiegando il quale nel num. 1.° torneremo a parlare di questa medesima idea.

III. — Quale che sia l'inesattezza del pensiero del nostro articolo, la sua redazione però ed il luogo che occupa nel Codice lo rendono soltanto applicabile ai figli legittimi, ed il dovere di educazione che consacra a pro di costoro non sarebbe una sanzione civile pe' figli naturali, se non esistessero altre disposizioni che a ciò provvedessero. Fortunatamente gli articoli 762, 763 e 764 [678, e 679] indicano, non esplicitamente, è vero, ma in maniera non equivoca la volontà del legislatore in questo riguardo. In fatti, il dovere di allevare i figli è molto più sacro ancora che non è quello di prestar loro gli alimenti quando sono adulti. Or quest'ultimo dovere è sanzionato da tre soprannominati articoli.

Del resto, quantunque il dovere naturale e civile d'educazione derivi dalla stessa causa della patria potestà, pure è risaputo che esso ne è indipendente, in guisa che continuerebbe ad esistere anche quando un'interdizione giudiziaria od una condanna avesse estinta o sospesa la patria potestà (2).

204 [194]. — Il figlio non ha azione contro il padre e la madre per obbligarli a fargli uno stabilimento a causa di matrimonio o per qualunque altro titolo (3).

I. — La si è pure un'obbligazione naturale

(1) Merlin (*Repert.* v.° *Educaz.* §. 4.), Zachariae (III, pag. 694) Demolombe (IV-6 c. 8).

(2) In Francia uno degli effetti della morte civile è quello di far perdere all'individuo colpito anche il dritto di patria potestà. Appo noi non vi è morte civile: la pena dell'ergastolo che l'è quasi simile non fa perdere né sospendere affatto la patria potestà, come abbiamo nella nota (4) pag. 271 osservato. (*Nota del traduttore*).

(3) Rilasciatisi i costumi in Roma, i suoi abitanti ebbero in abborrimento il matrimonio, e la repubblica andava di giorno in giorno in rovina. Augusto, onde arginare tanta ruina, pensò correggere la morale, ed affine di allettare i cittadini al matrimonio, colla celebre legge Papia Poppea ordinò che i padri fossero tenuti a dotare le loro figlie, ed ove fossero renitenti, i magistrati ve li potessero costringere. In seguito l'obbligo si estese all'avo paterno in mancanza del padre, e gl'imperatori Antonino e Severo vollero che anche i Proconsoli ed i Presidi nelle provincie avessero potuto obbligarli i padri a dotare le loro figlie. Sia pel dritto romano invalso presso noi, sia perchè la nostra educazione non consente dare altro collocamento alle donne, che maritarle, il nostro legislatore all'art. 194 rispondendo all'articolo 204 del codice francese, aggiunse il seguente comma: — « La figlia ha il dritto di esser dotata dal padre, e in difetto dall'avo paterno; quindi dalla madre. »

Un tale dettato del legislatore ha dato luogo a non poche quistioni. Tra le altre si è dimandato: la dote che il padre dà alla figlia è una donazione, o è un' anticipata successione; quindi essa deve andar imputata nella legittima o nella quota disponibile? Una tale quistione sarà da noi trattata

Marcadé T. I.

nel titolo V: *Del contratto di matrimonio*. Dippiù si è chiesto quando la figlia deve dimandar la dote, prima o dopo contratto il matrimonio, e nel fissarla debbesi aver riguardo alle sostanze del donante al tempo che si contrasse il matrimonio, ovvero all'epoca che s'istituisce l'azione? Su questa quistione il tribunale civile di Napoli 4.° camera con una elaborata sentenza del 30 gennaio 1846 esprimeva le seguenti considerazioni:

» Considerando che il dritto alla dote è subordinato alla tacita condizione del matrimonio, *futuri matrimonii tacitam conditionem accipiant*, l. 78 ff. *de jur. dot.* Quel che è dovuto sotto condizione non si può chiedere prima che la condizione si verifichi, l. 23 ff. *de jud.*, art. 1133, ll. cc. Quindi il dubbio potrebbe elevarsi non per sapere se la donna può dimandar la dote dopo contratto il matrimonio (*non potendosi di ciò dubitare*), ma se lo possa prima del matrimonio istesso. Ed invero molti rispondevano che la figlia non poteva chiedere dote se prima non passava a marito. *Aut vero agitur ad effectum decernendi et taxandi.... et tunc licet aliqui id negent ex duplici ratione, una scilicet non purificatae conditionis matrimonii sine qua dos non debetur... De Luca summ. dot. n. 228.* E sebbene questo scrittore dica *verius tamen est contrarium*, ciò nondimeno ognuno vede che la introduzione del giudizio anteriormente al matrimonio per tassa di congrua dote era facoltativa e non obbligatoria da parte della donna, e se recedeva nella pratica, ed al rigore del dritto che vietava di spingere l'azione prima che si fosse verificata la condizione, lo si faceva per benigna interpretazione, *quia non de facili invenitur ver incertus de dote*. Una disposizione pur facoltativa

pe' genitori il collocare convenevolmente i loro figli. Intanto per dare maggior forza alla patripotestà, assai debole ne' nostri costumi, e nell'idea che i genitori non ne useranno, che nello interesse stesso de' figli, il nostro articolo, conforme all'antico dritto francese, e contro il romano, priva costoro positivamente di ogni azione in giudizio nella ipotesi di cui favelliamo (Ved. Pothier, *Comunione* n. 656; Dig. 1, 19 de ritu nupt.).

203 [193]. — I figli devono gli alimenti

non si può trasmutare in disposizione obbligatoria, ed i migliori interpreti rispondono che la dote si può chiedere dopo contratto il matrimonio. *Quid si nupta jam sit filia coegetur ne pater eam dotare? Sane si pater consentiente nupsit, nulla assignata dote, dotare tenetur; Perez, de dot. prom. n. 40; Bruneman, ad leg. 23, Cod. de jur. dot. n. 3; Gagliardi de jur. dot. n. 9 cap. 2. Finalmente la novella 415 statuiva doversi dare la dote alla figlia che dopo i 25 anni si era maritata inscio vel invito patre.*

» Considerando che se l'obbligo di dotar la figlia è meramente legale e subordinato alla condizione del matrimonio, n'è di conseguenza che verificatasi la condizione, allora si fa luogo al dritto della figlia: laonde bisogna aver riguardo a quel tempo per misurare l'estensione di cotesti dritti. È noto il principio che la sentenza non crea dritti, ma dichiara dritti preesistenti e precisamente quelli che competono a *die natae actionis*.

» Considerando che l'obbligo di dotar la figlia è introdotto a solo oggetto di facilitare il matrimonio della medesima: *sic fiat ut opulentiorum atque meliorum maritum filia inventura sit, vel saltem invenire potest; Voet de jure dot. n. 23.* Nel momento che si contrae il matrimonio, il marito non può avere in contemplazione se non la dote che poteva spettare in quel momento alla moglie. Egli non poteva calcolare su possibili futuri aumenti del patrimonio della persona obbligata a dotare, nello stesso modo che non doveva temere le possibili diminuzioni del patrimonio medesimo. D'altra parte, se il miglior partito è in ragione della dote migliore, la donna avrebbe trovato un marito più agiato, se si avesse potuto conoscere che il suo dritto si aumentava circa la quantità della dote.

» Considerando che invano si fa ricorso alle teorie su gli alimenti per sostenere che la dote dev'essere tassata secondo la quantità del patrimonio esistente al momento del giudizio. *Non enim ab alimentis ad dotem argumentum procedit; Voet ibid.* Gli assegnamenti alimentari sono essenzialmente provvisori, e possono essere aumentati, diminuiti ed anche tolti. La costituzione di dote è definitiva e non riceve nè aumento nè diminuzione. Gli alimenti si debbono al bisognoso. La dote si deve alla figlia *etiam divitiae*. L'azione che si sperimenta per gli alimenti è quella che nasce nel momento stesso dell'introduzione del giudizio, perchè gli alimenti si debbono per lo futuro e non per lo passato, perchè si viva e non perchè si sia vissuto. L'azione a causa di dote riguarda un matrimonio già contratto, e si sperimenta un dritto nato col matrimonio stesso.

ai loro genitori ed agli altri ascendenti i quali ne sieno bisognosi.

204. — I generi e le nuore devono egualmente e nelle medesime circostanze, gli alimenti al loro suocero e suocera; ma quest'obbligo cessa, 1.° quando la suocera è passata a seconde nozze; 2.° quando quello de' coniugi dal quale derivava l'affinità, ed i figli nati dalla sua unione coll'altro coniuge fossero morti (1).

Considerando che il principio che la tassa debba farsi *inspectis patris facultatibus quas tunc possidebat*, viene insegnata da' migliori scrittori. Il Fabro Cod. lib. 3 tit. 42 def. 21 distingue la dote congrua dalla legittima, e nel ritenere che la quantità della legittima si calcola in ragione della quantità del patrimonio esistente all'epoca della morte del defunto, in quanto alla dote scrive « *quibus consequens est ut in congrua dote aestimanda non aliud tempus spectari possit quam quo dos promissa aut constituta est.* » Dello stesso suo avviso sono il Baldo, il Crovetta ed il Menochio da lui citati. Dello stesso avviso sono ancora il Richerio tom. 4 n. 1015 ed il Gagliardi de jur. dot. cap. 2 n. 26. — Passa quindi il citato Fabro nella definizione 22 ad esaminare il caso di promessa di congrua dote senza designazione di certa quantità. *Ad quid obligatus sit qui se dotem congruam daturum promissit?* Egli risponde che la dote non dev'essere regolata in proporzione della legittima, la quale è sempre d'incerta quantità, *nunc ex futuro eventu pendeat, vel diminutis facultatibus augeatur vel diminuat*; ma il promittente deve solo quella dote che poteva dare nel momento della promessa, *sed de ea dote quam tunc comode dari possit.*

» Nè dicasi che nel rincontro non trattasi che di dote promessa o costituita. La costituzione della dote si fa dall'uomo e dalla legge. Quando le parti sono silenziose subentra la legge a determinare il loro dritto: *etsi non appareat quod actum est, consequens est ut id sequamur quod in ratione in qua actum est, frequentatur.* Nel rincontro il silenzio delle parti equivale ad un'espressa stipula di doversi dare quella dote che per legge dar si doveva. Conseguentemente è d'uopo stare al tempo in cui la legge stipulava per l'uomo. Del resto li *de Luca in sum. dot. nel num. 174* esaminava precisamente la questione quale *tempus in dotis taxa per patrem debite attendatur.* Egli distingue due casi, cioè, se il matrimonio si è fatto col consenso paterno, ovvero in sua ignoranza o dissenso. Nel primo caso egli pone l'universale principio di doversi stare al tempo delle nozze. Nel secondo caso siegue gli stessi principi, ed aggiunge che se col frattempo sieno diminuite le paterne sostanze o cresciuto il numero de' figli, la donna non ne debba risentir danno nello stesso modo, che non avrebbe risentito vantaggio dell'aumento delle sostanze paterne e della diminuzione del numero de' figli. » (Nota del traduttore).

(1) Quest'articolo non trovò luogo nelle nostre leggi civili; invece vi fu aggiunto l'art. 497, in cui è scritto: « I fratelli e le sorelle impotenti a procreare cacciarsi il vitto per vizio di corpo o debolezza »

207 [196]. — Le obbligazioni risultanti da queste disposizioni sono reciproche.

SOMMARIO.

- I. Dovero alimentare tra i parenti legittimi ed affini. — L'art. 212 [196] include il patrigno e la matrigna, ma comprende tutti gli ascendenti del coniuge. — La responsabilità poggia sull'art. 207 [194] nonché sull'art. 202 [182] e 209. Errore di Toullier riconosciuto da Durergier.
- II. Il passaggio a secondo nozze della ancora ontinge il suo diritto, ma non quello dei suoi figli. — Questo secondo nozze facendole perdere i diritti agli alimenti, non fanno cessare in lei l'obbligo a somministrarli.
- III. Ordine, secondo il quale i parenti e gli affini son tenuti a somministrare gli alimenti. — Applicazione del sistema delle successioni.
- IV. L'obbligazione alimentare non è né solidale né indivisibile. — Errore di Toullier. Essa non fa nascere il beneficio di compensazione.
- V. Caso in cui l'obbligo di somministrare gli alimenti ingenera quello di pagare i debiti contratti per questi stessi alimenti.
- VI. Il diritto agli alimenti non è trasmissibile agli eredi del creditore. Quando l'obbligo passa agli eredi del debitore?
- VII. Continuazione. Errori contratti di Vanella e di Duranton.

I. — I nostri tre articoli fissano l'obbligo degli alimenti tra i parenti legittimi e gli affini. Impongono che ogni individuo deve gli alimenti a' suoi ascendenti, ed a quelli del suo coniuge, a' suoi discendenti ed a' coniugi di costoro; e che reciprocamente può esigerli da queste stesse persone.

Trattasi qui de' soli alimenti dovuti tra i parenti legittimi ed affini. Le altre ipotesi in cui son dovuti gli alimenti son prevedute dai seguenti articoli, cioè: tra i coniugi, dall'art. 212 [201]; ad un donante dal suo donatario, dall'art. 935 [880]; tra un adottante ed il suo figlio adottivo, dall'art. 349 [273]; infine tra il padre e la madre ed i loro figli naturali, dagli art. 762, 763, 764 [678, 679] (1) e dall'insieme della legislazione. Quanto al caso speciale di cui qui è parola, diciamo che, per ciascun individuo, la domanda può essere diretta da o contro di lui, contro o da' suoi ascendenti, dagli ascendenti del suo coniuge, dai suoi discendenti e da' rispettivi coniugi di costoro.

La nostra regola così formolata non trovasi in accordo perfetto col significato letterale dell'art. 206. Ciò non ostante egli è uopo attenersi alla medesima, perciocchè ci manifesta il vero pensiero del legislatore.

Dapprima, noi sosteniamo che l'obbligo esiste tra un individuo e gli ascendenti del suo coniuge, ma non l'ammettiamo tra quello ed i coniugi de' suoi ascendenti. Così, io debbo gli alimenti al padre ed alla madre di mia moglie, *socero*, *socrus*; ma non son tenuto a somministrarli al secondo marito di mia madre, *vitrico*, nè alla seconda moglie di mio padre, *noverca*, che gli antichi autori, per

distinguerli dal suocero e dalla suocera propriamente detti (*beau-père* e *belle-mère*), appellaronli patrigno e matrigna (*parâtre* e *marâtre*). Similmente, io debbo gli alimenti a mio genero, il marito di mia figlia, *genero*, ed a mia nuora, la moglie di mio figlio, *nuora*, ma non son tenuto a prestarli ai figli del primo letto di mia moglie, *privigno* e *privignae*, che gli antichi autori appellarono *filiiâtres*, cioè figliastri e figliastre. Sotto questo primo rapporto, la nostra regola si limita a riprodurre più chiaramente il testo dell'art. 206: poichè quest'articolo che per verità parla del suocero e della suocera, il che nel linguaggio comune comprende il patrigno e la matrigna, fa però menzione de' medesimi in rapporto al genero ed alla nuora, la quale circostanza è ben valida pruova che trattasi del suocero e della suocera propriamente detti, *socer* e *socrus*, cioè degli ascendenti del coniuge e non de' coniugi dell'ascendente. Per altro, il dubbio non è possibile su ciò, essendo che il Consiglio di Stato, precisamente per escludere il patrigno e la matrigna, rigettò la primiera redazione del progetto: *I figli devono gli alimenti a' loro ascendenti . . . ed a' loro affini nella medesima linea* (Fenet, pag. 66 e 70).

Oltracciò affermiamo che gli alimenti son dovuti a tutti gli ascendenti del proprio consorte od ai coniugi di tutti i discendenti; di modo che io son tenuto a somministrarli all'avo ed al bisavo di mia moglie, alla moglie di mio nipote ed al marito della mia pronipote. Ma ci si obietta che io non qui contraddiciamo al testo dell'art. 206, o almeno lo intendiamo molto più ampiamente di quel che presentano i suoi termini; poichè esso fa menzione soltanto del suocero e della suocera, del genero e della nuora. L'articolo in verità per effetto della sua redazione è inesatto sotto questo rapporto, e male presenta il pensiero della legge, se si prendono in un senso limitativo le espressioni di *suocero* o *suocera*, *genero* e *nuora*, le quali son state adoperate pel semplice fine d'escludere il patrigno e la matrigna, i figliastri e le figliastre, cui temesi di poter applicare l'espressione troppo larga di *affini*. E però Tronchet, proponendo di usare le parole *suocero* e *suocera*, disse positivamente che in sì fatto modo si escludevano il patrigno e la matrigna e si restringevano gli effetti della disposizione agli ascendenti dell'altro coniuge (*Ibid.*, pag. 66). Berlier propose di togliersi come inutile la disposizione relativa agli alimenti dovuti a' *gli affini della linea ascendente*; atteso che il padre avendone sempre l'azione contro sua

« di spirito, han diritto a chiedere gli alimenti a' loro fratelli e sorelle. » (Nota del traduttore.)

(1) Vedi la nota (1) pag. (270) (Nota del traduttore.)

figlia che si è maritata, e quest'azione dovendosi promuovere contro suo genero, si otterrebbe sempre il medesimo risulteramento (*Ibid.* pag. 69). Or, competendo anche all'ave l'azione contro la sua nipote e per conseguenza contro il coniuge di costei, il pensiero di Berlier fu quindi che sopprimendosi la disposizione, l'azione si apparteneva sempre a tutti gli ascendenti del coniuge. Da nitimo, secondo questo stesso pensiero, che era quello altresì dell'intero Consiglio, il console Cambacérès dettò i termini ne' quali al presente leggesi l'articolo (Fenet, p. 90).

Teniamo adunque per certo che le espressioni correlative di *suocero* e *suocera*, *genero* e *nuora* sieno scritte nell'articolo, non già in opposizione degli ascendenti superiori del coniuge, ma precipuamente pel patrigno e la matrigna. Teniamo per fermo che per quel che riguarda questi ascendenti, le anzidette espressioni sieno messe *emancipativamente*, e che questo modo di redazione manchi d'una espressione generica dopo di essersi soppressa la parola *affini*.

Tutto ogni dubbio su queste punto, la regola che noi abbiamo presentato non può offrire più difficoltà alcuna; perciocchè l'esistenza dell'obbligo alimentare tra tutti gli ascendenti e discendenti risulta evidente dalla semplice lettura de' due articoli 203 e 207 [195 e 196]. Intanto, Toullier, il quale nella questione precedente adotta l'opinione che noi testè abbiamo confutata e rigettata (*II-612 infine*), presenta in quest'ultima una dottrina non solo strana, ma erronea, dicendo (*ibid.*, *in princ.*) che senza alcun dubbio nella inesistenza di genitori, gli ascendenti superiori devono gli alimenti; ma che ciò nonostante quest'obbligo non essendo loro letteralmente imposto dalla legge, i tribunali in simili casi potrebbero rigettare la domanda senza violare la legge, e per conseguente senza tema d'andar annullata la loro sentenza. Secondo la teoria di quest'autore, la reciprocità dell'art. 207 [196] non è stabilita dall'art. 203 [195], ma soltanto dall'art. 206; in guisa che se la legge obbliga il padre e la madre a prestare gli alimenti, ciò non è in forza dell'art. 203 [195], ma dell'art. 203 [193]. ... E chiaro che questo errore di Toullier, rigettato non pure dal suo annotatore Duvergier, ma altresì dagli altri autori, proviene dalla confusione per lui fatta tra il dovere di educazione e l'obbligo alimentare, e riesce facile ora intendere perchè abbiamo detto che questa confusione era pericolosa.

Se la reciprocità dell'art. 207 [196] non si applicasse all'art. 203 [195], non solamente gli ascendenti superiori, ma anche gli stessi genitori sarebbero esonerati dall'obbligo alimentare, dopo aver soddisfatto al do-

vero di educazione. Nè su ciò può sorgere dubbio alcuno, perciocchè, e precedentemente lo abbiamo detto, l'articolo 203 [193] era di già adottato quando nel Consiglio di Stato continuava ancora la discussione intorno all'obbligo alimentare imposto ai genitori. « Un padre, diceva Bonlay, non deve gli alimenti a suo figlio maggiore; egli non è tenuto che ad educarlo i suoi figli. » E Réal aggiungeva che la Sezione aveva allogata la parola *allevare* dopo quella di *mantenere* per limitare l'obbligo sino alla prima età (Fenet, pag. 67). ... L'art. 203 [193] dunque non ha più alcuna relazione con la materia di cui qui facciamo parola, e se gli ascendenti superiori non sono tenuti all'obbligo alimentare, che tien dietro all'educazione, il padre e la madre non lo saranno d'avvantaggio; che se costoro vi son tenuti, ciò è in forza dell'art. 207 [196], e per conseguenza gli altri ascendenti avranno la stessa obbligazione in tutto e per tutto com'essi. E non v'ha dubbio alcuno che eglino vi sian tenuti; l'art. 207 [196] è applicabile non pure all'art. 203 [195] ma altresì all'art. 206; la prova è evidente, ed è per verità dispiacevole vedere autori così gravi come Toullier trattare le questioni in una maniera tanto superficiale.

Discutendosi nel Consiglio l'art. 207 [196] non si favellò soltanto del suocero, ma anche del padre: le parole di Beulay o Réal, di sopra citate, e che noi ritroviamo nella discussione di questo principio di reciprocità, ne sono, senza dubbio, una chiarissima prova. Ma siccome questo principio di reciprocità, definitivamente ammesso, comprende il padre; dunque si estende all'articolo 203 [193] ed abbraccia anche gli altri ascendenti. Ma vi ha dippiù ancora: le disposizioni che formano oggi gli articoli 207 e 206 erano così ben coordinate tra loro; gli ascendenti parenti e gli ascendenti affini, cioè gli ascendenti del coniuge, erano così ben allegati sulla stessa linea, che le due disposizioni non formavano allora che un solo articolo, l'art. 2 del capitolo. Il principio di reciprocità adunque, che leggesi nell'art. 207 [196], fu allora discusso ed ammesso per quest'unico articolo, e per conseguenza la disposizione comprende non pure gli ascendenti parenti, ma eziandio gli affini. Torna oltremodo pregiudizievole l'esser costretti ad accrescere la mole d'un volume per dare dilucidazioni su punti così chiari; ma era fuor di dubbio, attesa la grande autorità di Toullier.

II. — Secondo l'art. 207, il passaggio a seconde nozze fa perdere alla suocera il dritto che le è accordato dalla legge contro al suo genere od alla sua nuora. E però quando la madre di mia moglie, divenuta vedova, si rimarita, io più non le debbo gli alimenti: mia

moglie però vi è tenuta sempre: ma lo personalmente sono liberato da ogni obbligazione; e se mia moglie è trapassata, o viene a morire, mia suocera, a causa del suo novello matrimonio, non ha più nulla a reclamare dalla mia famiglia.

Quantunque la legge non lo dica categoricamente, pure egli è chiaro, che, reciprocamente, la nuora, divenuta vedova, perde, rimaritandosi, il dritto d'agire contro suo suocero o sua suocera: pel secondo matrimonio sì la nuora, come la suocera, entrano in una novella famiglia, sotto la dipendenza e la protezione di un estraneo, per la cui affinità elleno acquistano nuovi dritti. Ma, è uopo por mente che il rimaritarsi della suocera non distrugge l'obbligo attivo e passivo tra essa ed i figli del suo genero o della sua nuora, che sono i figli di suo figlio o di sua figlia, ossia i suoi nipoti. Similmente il rimaritarsi della nuora non distrugge il dovere reciproco tra i suoi figli ed il suocero e la suocera, che sono l'avo e l'ava di costoro. In effetti il novello matrimonio della donna affine, può bene rallentare l'affinità, ma non mai modificare la parentela.

Allorchè si rimarita un suocero od un genero, il dovere reciproco degli alimenti non rimane modificato, atteso che non è il marito, ma la moglie che col matrimonio cambia famiglia e stato.

Del resto, se il passaggio a seconde nozze della donna affine estingue il suo dritto, non la libera però dalle sue obbligazioni. Se il novello matrimonio di mia suocera estingue in me l'obbligo di fornirle gli alimenti, perchè, verificandosi il caso, ella può dimandarli al padre, alla madre ed agli altri ascendenti del suo novello marito, non estingue però il dritto che io avrei di dimandarglieli, se mi trovassi nel bisogno ed ella nello stato di somministrarmeli.

Oltre questa prima causa che estingue per la donna affine il suo dritto agli alimenti, ve ne ha una seconda che annulla nel medesimo tempo e il dritto a richiederli e l'obbligo a fornirli, e che si applica agli affini si maschi che femmine: questa è la morte del coniuge la cui unione costituiva l'affinità, e la inesistenza di figli nati da questa unione. Così dopo la morte di mia moglie, se esiste e finchè esisterà uno o più figli natimi da essa, avrà l'obbligo a somministrare gli alimenti a mio suocero, a mia suocera ed a tutti gli ascendenti di mia moglie defunta, i quali reciprocamente vi son tenuti verso di me; ma se gli accennati figli muojono, quest'obbligo reciprocamente si estinguerà per tutti. La legge stima che quando non esiste più alcuna delle persone che formava il legame comune delle due famiglie, l'affinità si trova

troppo debole per produrre dall'una parte o dall'altra l'obbligo agli alimenti.

III. — Il Codice, nell'organizzare l'obbligo alimentare, non fa parola dell'ordine secondo il quale i diversi parenti ed affini dovranno esser chiamati a soddisfarlo. Ciò nonostante, è evidente che il pensiero della legge non può essere che tutti i parenti ed affini sieno tenuti nella medesima maniera ed indistintamente. Così, quando io ho un figlio che gode una rendita di 30,000 fr., evidentemente non sarò ammesso a dimandare gli alimenti a mio suocero. I redattori del nostro capitolo pensavano che vi era un ordine a seguire, e che l'obbligo di questo primogiugno, come più sacro, sull'obbligo di quell'altro, i redattori, ripetiamo, che, dopo di aver ammesso negli articoli 205 e 206 l'obbligo degli ascendenti verso i discendenti, sono stati poi molto titubanti per ammetterlo reciprocamente fra gli ascendenti ed i loro discendenti. Ma qual è mai quest'ordine sul quale la legge ha serbato il silenzio?

Innanzitutto, egli sembra evidente che i parenti dovranno, e per la forza delle cose e per lo spirito della legge, essere preposti agli affini. Il Codice si occupa primieramente di quelli, e poscia di questi. Ed in effetti, il legame che congiunge i parenti è all'intutto diverso dall'affinità; d'altra parte, la parentela concede dritti di successione che non si acquistano giammai per l'affinità, ed è ben giusto che la causa la quale produce il dritto di godere nella prosperità, dasse origine eziandio all'obbligo di sopportare i pesi nelle disavventure: *Ubi est olumentum, ibi onus esse debet*. L'affine quindi non dovrà prestare gli alimenti se non quando i parenti non possono provvedervi.

Ma intanto, o secondo questa divisione di debitori in due classi, quale è l'ordine a seguirsi in ciascuna delle medesime? La regola sembraci facile a rinvenirsi. La idea di giustizia, di porre, in caso di avversità, i pesi là ove sarebbero i vantaggi se tornasse la prosperità, ingiungo di applicare tra i parenti, per l'obbligo alimentare, le regole che la legge ha stabilite tra essi quando si tratta di raccogliere le successioni; di guisa che noi diremo assolutamente: *Ubi successiois emolumentum, ibi onus alimentorum esse debet*. La legge applica di per sè stessa un tale sistema, imponendone l'obbligo ai discendenti pria degli ascendenti, nell'istesso modo onde chiama quelli ad una eredità in esclusione di questi. Quanto agli affini, quantunque il dritto di successione tra essi non abbia più luogo, non pertanto si applicherà loro lo stesso sistema: perciocchè l'affinità, sendo un'imitazione della parentela, egli è chiaro, che ne' casi e ne' limiti in cui la legge le ac-

corda i medesimi effetti della parentela, essa dovrà produrre questi effetti secondo le stesse regole.

E però, l'ordine, secondo il quale si presentano le persone che potranno essere tenute agli alimenti, è il seguente: 1.° i figli, e con essi que' nipoti il cui padre fosse morto, come rappresentanti del medesimo; 2.° i nipoti e con essi anche que' pronipoti che rappresentano un nipote già trapassato; notando che ove più discendenti sieno chiamati a soddisfare all'obbligo come rappresentanti del loro autore, essi non vi saranno tenuti se non a quello che il medesimo avrebbe dovuto se fosse stato vivente (art. 731, 740, 743, 745 [651, 561, 665, 667]); 3.° il padre e la madre, se entrambi sieno viventi; ma se l'un di essi sia morto, il sopravvivate con l'avolo e l'avola dell'altra linea, cioè col padre e la madre dell'autore defunto, l'uno e l'altro dei quali saranno tenuti ad un quarto per ognuno, ed all'altra metà il genitore sopravvivate; 4.° nella inesistenza del padre e della madre, gli avi o lo ave, e così di seguito (art. 746 [668 e 669]). Finalmente in mancanza di ascendenti e discendenti, saranno chiamati gli affini, pe' quali si serberà l'istesso ordine.

Del rimanente, egli è evidente, che quando noi qui diciamo in mancanza di queste o quelle persone, non intendiamo parlare soltanto del caso in cui le medesime fossero morte, ma altresì di quello nel quale non fossero nello stato di poter somministrare gli alimenti, o li potessero dare solamente in parte. In questa ultima ipotesi saranno tenute agli alimenti le persone che immediatamente ne avrebbero l'obbligo, per quella porzione che le prime non potrebbero prestare.

Il sistema, per noi qui indicato, relativamente all'ordine a seguirsi nella somministrazione degli alimenti, non è da tutti i giuriconsulti abbracciato: il maggior numero de' medesimi non l'ammette che in parte, questi rigettando una regola, quegli un'altra. Or, nel caso di cui favelliamo, sembraci impossibile qualsiasi scelta. Impereciocchè delle due l'una: o si riconosce, come esistente nello spirito della legge, l'analogia e la correlazione del nostro sistema con l'ordine delle successioni, ed in questa ipotesi è necessario ammetterlo interamente, se non si voglia dar adito all'arbitrio; ovvero è uopo rigettarlo interamente ed imporre egualmente l'obbligo di somministrare gli alimenti a tutti i parenti ed affini, il che è contrario ai principj del dritto naturale ed al pensiero che manifesta l'ordine de' nostri tre articoli.

Un punto, contrario al nostro sistema, sul quale molti scrittori sembrano d'accordo, si

è di non imporre l'obbligo agli ascendenti superiori che in mancanza del padre e della madre. Così, secondo Duranton (II-389), il nipote che ha ancora suo padre e sua madre, o *l'un di essi*, non può rivolgersi all'avolo; e Toullier, meno esplicitamente, professa la stessa dottrina. Quindi, seguita la morte di mia madre, mio padre sarà tenuto a somministrarmi gli alimenti per intero senza che si potesse obbligare mio avo o mia ava materna alla menoma parte de' medesimi..... Questa dottrina, erronea secondo noi, è insegnata da Toullier; essa risulta, da questa idea falsa da lui professata, cioè che il dovere alimentare è stabilito a profitto de' figli dall'art. 203 [193] il quale rigorosamente non lo impone che al padre ed alla madre; essa è una conseguenza della confusione da Toullier fatta tra il dovere d'educazione, che in effetti non esiste per gli ascendenti superiori se non in mancanza del padre e della madre, e l'obbligo degli alimenti, il quale è diversamente organizzato dagli art. 205 e 207 [195 e 196]. Ma a dir il vero noi non sapremmo spiegare questo errore in Duranton, il quale comprende e sviluppa il pensiero dell'art. 207 [196]; ed appoggia precisamente la sua decisione su questo principio che la rovescia: *Ubi emolumentum successionis, ibi onus alimentorum*. Duranton, insieme con noi, vuole che l'obbligo si abbia per la qualità di *erede presuntivo del figlio*; or, quando il figlio, in luogo di aver entrambi i suoi genitori, non ne ha che uno di essi soltanto e l'avo dell'altra linea, questi è l'erede presuntivo della metà, appartenendo l'altra al genitore sopravvivate (art. 746 [668 e 669]). Da ciò è oltremodo facile a dedurre una conclusione opposta a quella di Duranton; cioè che crederemmo che il medesimo avesse per inavvertenza scritte le parole *o l'uno di essi*, se queste non si trovassero in tutte le sue edizioni..... Demolombe (IV-37) si associa all'intuito alle nostre idee.

IV. — È questione facilissima nel fondo, ma assissimamente controversa tra gli scrittori, il sapere se l'obbligo di alimentare sia solidale, o almeno indivisibile.

Dicesi *debito solidale* quello che, esistendo su più condebitori, i quali si sono obbligati o che la legge obbliga a pagare l'uno per l'altro, come mandatari reciproci, può essere richiesto per intero, *in solidum*, a colui de' condebitori cui meglio piacerà al creditore (art. 1200 [1153]). L'obbligo indivisibile è quello che, per la natura stessa del suo oggetto (realmente o soltanto legalmente) non è suscettivo di essere soddisfatto in parte (art. 1217 e 1218 [1170 e 1171]). La natura e gli effetti di queste due obbligazioni, come pure le differenze che le distinguono,

saranno spiegate in seguito, sotto gli art. 1197 e 1225 [150 a 1278]).

Toullier insegna che l'obbligo alimentare è solidale ed indivisibile (II-613, e VI-779); Duranton (II-424 e 425), stabilendo che non è solidale, ne ammette la indivisibilità. Noi pensiamo che non sia nè solidale, nè indivisibile. Tale è anche la dottrina di Zachariae (III, pag. 693), Valette (I, pag. 448) Duvergier (su Toullier *loc. cit.*) e Demolombe (IV-63); e tra gli arresti contraddittorii e sovente liate oscuri renduti su questa materia, ve ne ha uno della Corte di Lione, del 3 gennaio 1832, motivato in una maniera molto logica e concisa, il quale decide nel nostro medesimo senso.

Quest'obbligo non è indivisibile; imperciocchè, sia gli alimenti in natura, sia il denaro col quale si acquistano, possono senza dubbio alcuno essere forniti da due, tre o quattro individui. E questo quel che contatta sagacia dice il celebre Dumoulin nel suo *Extrication labyrinthi* (2.ª part., n.º 238), che Toullier nondimeno indica (I. VI, n.º 779) come autorità in sostegno della sua opinione: « *Quamvis quis pro parte vivere non possit, tamen alimenta dividua sunt; id est, res quibus alemur, pro parte, sive ab uno sive a pluribus, praestari possunt, ut natura et experientia docent.* » L'obbligo alimentare, divisibile per fatto ed agli occhi della ragione, è anche tale nella volontà espressa del legislatore, poichè, secondo l'art. 208 [198] gli alimenti non sono assegnati che in *proporzione delle sostanze di chi li deve*. Così, se sono dovuti da due figli, de' quali l'uno sia per metà più opulento dell'altro, quest'ultimo non dovrà esser obbligato che ad un terzo ed il primo a due; ond'è che, secondo l'art. 208 [198], non solamente vi sarà luogo a porzioni, ma di più queste spesso saranno ineguali.

Inoltre, quest'obbligo non è solidale. In effetti, secondo l'art. 1202 [1155] la solidità non nasce mai dalla natura del credito; non esiste se non quando è formalmente convenuta, o quando la legge la impone con una disposizione espressa. Or, non v'ha testo che dichiara solidale l'obbligo di cui qui si tratta. È vero, che nell'antico dritto, il giudice poteva far gravitare su di un solo degli eredi l'obbligo di pagare in intero i legati di alimenti imposti a tutti col testamento. Dumoulin ce lo attesta; ma ha cura di spiegarci che un tal fatto era un effetto del potere del giudice, e non un risultato diretto della disposizione: « *Hoc autem fit officio iudicis; quia, vi ipsa, nemo plurimum debet in solidum.* » E chiaro però che tra le attribuzioni de' tribunali non è più annoverato l'anzidetto potere arbitrario, e la sentenza che ne usasse,

sarebbe cassata come violatrice de' principj del nostro dritto e massime dell'articolo 1202 [1155].

Proudhon, il quale, dopo di aver professata l'indivisibilità propriamente detta della prestazione alimentare, finisce (*Usufr.*, I, 61, 62) col presentarci la stessa come indivisibile, in questo senso cioè, che se tra le persone che ne hanno l'obbligo, una soltanto è in istato di soddisfarlo, questa vi sarà tenuta per intero (il che non costituisce più un caso d'indivisibilità, ma l'applicazione pura e semplice dell'art. 208 [198] che ne impone l'obbligo a colui il quale può soddisfarlo); Proudhon, diciamo, sembra dire (*ivi*, n.º 157), opponendosi alla dottrina di tutti gli autori, che il dritto agli alimenti trae seco, a vantaggio di coloro cui si appartiene, il beneficio di competenza. I commentatori del dritto romano chiamarono *beneficium competentiae* il dritto che avevano gli ascendenti, i patroni, i consoci, il donante, il suocero per la dote da lui promessa, o molte altre persone ancora, di non poter essere astretti da' loro discendenti, liberi, donatari, ecc., se non infino alla concorrenza di ciò che potevano pagare e dedotto ciò che loro era necessario per sussistere (*Instit.*, I, 4, tit. 6, §. 38; *Dig.*, lib. 23, tit. 3, *passim.*). Da ciò ne conseguiva, che queste persone non potevano giammai essere spropriate in intero da' loro discendenti, liberi, ecc. Or nulla di simile è stato mai ammesso in Francia: e solo molto tempo dietro Bugnyon parlò di questo beneficio nel suo libro *de legibus abrogatis et inusitatis in regno Franciae* (I, 1, sez. 12). Presso noi, lo stesso figlio che è creditore di suo padre, ha contro del medesimo tutti i mezzi d'esecuzione, eccetto l'arresto personale (*Leg. de' 17 aprile 1832*, art. 19); ed è perciò in sua facoltà di spropriarlo in intero, salvo a somministrargli gli alimenti, se questi non abbia una professione colla quale possa provvedere ai suoi bisogni (1).

Siccome il padre non ha il beneficio di competenza per diminuire l'effetto della istanza del figlio, suo creditore, così non bisogna concludere, come ha fatto Toullier (*ibid.*) che un padre non potrà giammai dimandare gli alimenti a suo figlio se non abbandonandogli i pochi beni che egli possiede. Non si comprende come abbia potuto venire in mente a Toullier una simile idea. Il padre serberà i suoi beni; e quando, per ipotesi, questi non sono sufficienti, il figlio sarà tenuto al rimanente.

(1) Delvincourt, Toullier (II-613), Duranton (II-401), Vazeille (II-513), Valette (su Proudhon, I, p. 450), Demolombe (IV-56).

V. — L'obbligo degli alimenti a pro di una persona può produrre, in colui che li deve, quello di pagare i debiti della medesima? È evidente che no: l'obbligo di nutrire o mantenere un individuo non ha alcun rapporto con quello di pagare i suoi debiti più o meno considerevoli di cui lo stesso può essere gravato.

La regola generale è questa; ma si comprende che sarebbe tutt'altro ove si trattasse di debiti la cui soddisfazione consistesse precisamente nell'adempimento all'obbligo degli alimenti. Ad esempio, mio padre, dimorando lontanissimo da me, rimane tutto ad un tratto senza alcuno mezzo pecuniario, e durante que' mesi che scorreranno infino a che non riceverà i miei soccorsi, cui ha dritto, egli vivrà col denaro prestatogli da un amico. Io sarò tenuto, preesattamente come obbligato a somministrare gli alimenti a mio padre, di rimborsare il prestito che egli per necessità ha dovuto fare. E di vero, supposto che il tribunale, essendovi litigio, riconosca che mio padre sia stato in bisogno a contare da una determinata epoca, ne seguirà che da questa stessa epoca lo era nell'obbligo di fornirgli gli alimenti, e per conseguenza il prestatore del danaro, sovvenendolo egli stesso, ha fatto quel che lo doveva fare; a mia insaputa ha pagato per me, ha soddisfatta una mia obbligazione; vi ha quindi quasi-contratto di gestione di affari, ed ai termini dell'articolo 1375 (1329), colui pel quale l'affare si è eseguito, è obbligato a rimborsare tutte le spese utili che si sono fatte.

VI. — La morte di colui cui gli alimenti sono dovuti estingue il credito alimentare, il quale non è giammai trasmissibile ai suoi eredi o legatari, poichè è rigorosamente inerente alla persona. Ma quanto all'obbligo, è ben diverso, il quale benissimo passa contro gli eredi o legatari del debitore, supposto che abbia esistito pria della morte del debitore. Così, allorchè io sono condannato a dare a mio genero una pensione alimentare di 600 fr., è evidente che la morte del medesimo estinguerà il suo credito, che non può trasmettersi al cugino, il quale è il suo erede. Al contrario, se io, debitore della pensione alimentare, muoio, il cugino o anche l'estraneo, legatario universale, il quale succederà ai miei beni, sarà sempre tenuto a somministrare la pensione a mio genero, perciocchè non è necessario che il mio successore abbia questa o quell'altra qualità affinché quest'obbligazione, cominciata ad esistere durante la mia vita, si continua nella sua persona.

In poche parole: Tutte le obbligazioni che esistono contro una persona fanno parte del

suo passivo, come i suoi crediti fanno parte del suo attivo; le une, come gli altri, per conseguente, fanno parte del suo patrimonio e debbono passare ai suoi rappresentanti, se un motivo particolare non vi si oppone. Or, questo motivo particolare certo esiste per impedire la trasmissione del credito, che la ragione insegna non dover recar profitto a niun altro che al creditore per cui fu stabilito; ma per contrario, non arvi alcun ostacolo che l'obbligo sia soddisfatto da un individuo qualunque (1).

VII. — Affinchè sia possibile a realizzarsi la nostra ipotesi, è mestieri che mia figlia, moglie di mio genero, sia tuttora vivente, senza di che, secondo l'art. 206, gli alimenti non sono dovuti. Intanto, affinché, nell'ipotesi di esistenza di mia figlia, io possa avere un legatario che raccolga tutti i miei beni, è uopo supporre che mia figlia avesse ricevuto anticipatamente durante la sua vita, senza essere dispensata da collazione, l'ammontare della sua riserva, che è stata in seguito dissipata.

Del rimanente, onde l'obbligo passi agli eredi od ai legatari non è necessario, come noi abbiamo supposto, che una sentenza sia intervenuta contro il debitore. In effetti, acciocchè una obbligazione facesse parte del passivo di una successione, non è mestieri che la medesima sia stabilita, provata, innanzi la morte del defunto: basta che prima di questo momento sussista, salvo agli aventi dritto di provarla in seguito. Or una sentenza non fa nascere i diritti, ma li dichiara e li constata. Secondo questo principio, che è incontestabile, non è necessario che la obbligazione sia stata riconosciuta con una convenzione formale; basta, il ripetiamo, che essa sussista. Or lo stesso testo dell'art. 205 (195), e insieme con esso la ragione, dicono che l'obbligo esiste, quando il parente e l'affine sono in bisogno; dunque è il fatto dell'indigenza anteriore alla morte che dà vita all'obbligo e che lo trasmette ai successori del debitore. E però Vazeille commette un errore insegnando (t. II, n.° 525 e 526) che l'obbligo non si trasmette se non quando fu fissato da una sentenza, o da un contratto; e Duranton incorre nell'opposto errore (II-407) allorchè dice che l'obbligazione fa sempre parte della successione, anche quando l'indigenza fosse posteriore alla morte.

L'errore di Duranton, più favorevole ed anche più specioso di quello di Vazeille, si poggia sull'idea che l'indigenza del parente sia, non già la causa generatrice dell'obbligazione, ma soltanto una condizione che ne so-

(1) Nancy, 45 novembre 1824; Amiens, 28 maggio 1924; Rlg. civ. (su di un arresto conf. di

Montpellier), 12 dicembre 1848: *Gazz. de'tribun. del 44.*

spende gli effetti. L'obbligazione condizionale, come abbiamo già osservato, è quella che forse esiste e forse no, secondo che la condizione si avvererà o no in seguito. Così, io contraggo oggi un'obbligazione sotto una determinata condizione; gli bene, se questa dopo qualche tempo si avvererà, non solo sarò obbligato per l'avvenire, ma lo sono stato sempre a contare da oggi stesso; se poi la condizione non avrà luogo, l'obbligazione non esisterà e non ha neppur giammai esistito. Dunque, allorchè la condizione (e questo si abbia cura a non dimenticarlo), la quale sospende l'effetto di un'obbligazione, viene ad avverarsi, l'effetto si produce retroattivamente ed a contare dal momento stesso in cui il contratto fu stipulato. Questo precisamente e non altro dice l'art. 1179 [1132].

Or, Duranton, il quale in ciò non fa che riprodurre una falsa idea di Delvincourt, pretende che l'infortunio che pone mio padre nello stato di non potere provvedere a' suoi bisogni, non è che il compimento della condizione la quale sospendeva la mia obbligazione di mantenerlo, e che la causa generatrice della medesima è la mia stessa nascita. Ma è questo un errore madornale che un poco di riflessione fa toccare con mano. In effetti, secondo la dottrina di Duranton, se mio padre morisse a settant'anni, dopo di aver conservato il suo patrimonio infino alla sua morte, io non avrei dovuto mai somministrargli alimenti, il che è vero: ma se, al momento di sua morte, egli è nello stato d'indigenza da cinque anni, in questo caso, la mia obbligazione avrà esistito non pure a partire dal suo bisogno e da cinque anni, ma dalla mia stessa nascita. Per esempio: mio padre, che aveva sempre posseduto un ricco patrimonio, nel 1810 trovasene interamente spogliato; io, il quale infino al 1835 non possedeva nulla, in questi ultimi cinque anni addivengo possessore di non pochi beni: Duranton ci dice, che per l'avveramento della duplice condizione di mia fortuna e del bisogno di mio padre, io son tenuto a somministrargli agli alimenti, e sempre ne ho avuto l'obbligo. Oud'è che nel 1830, quando mio padre aveva 25,000 fr. di rendita, e io non avevo neppure uno scudo, spettava a me a mantenerlo! E se questo è vero; se il mio dovere di alimentare ed il suo diritto ad essere alimentato hanno sempre esistito, io gli debbo gli arretrati di tutti gli anni scorsi dalla mia nascita! Crediamo inutile di fermarci su ciò d'avvantaggio. Chi non vede che la mia agiatezza ed il bisogno di mio padre sono precisamente i fatti che creano il suo dritto

e la mia obbligazione; che in vece di esserne semplicemente la condizione, ne sono la causa efficiente, e che il fatto della mia nascita, in cambio d'essere il principio generatore, è semplicemente la circostanza che rende il dritto e l'obbligo possibili mediante il legame della parentela che gli dà vita.

L'idea però di Duranton presenta alcun che di vero, unicamente per ciò che riguarda il dovere di educazione, che è unilaterale e non esiste se non pe' genitori a vantaggio de' figli (1). Abbiamo detto *alcun che*, perciocchè manca qualche altra cosa, nè si può dire che l'obbligazione si *contrae con la nascita*. Non è la nascita, ma la generazione stessa che ingenera ne' genitori l'obbligazione; conciosiachè allorchè il figlio è ancora nel seno della madre, i suoi genitori hanno già l'obbligo di prestargli tutte le cure che lo stato suo reclamano. È evidente quindi che la obbligazione non ha luogo per *contratto*.

208 [198]. — Gli alimenti non saranno assegnati, se non in proporzione del bisogno di chi li dimanda, e delle sostanze di chi li deve somministrare.

209 [199]. — Quando colui che somministra, o colui che riceve gli alimenti sia ridotto in uno stato tale, in cui l'uno non possa più somministrarli, o l'altro non ne abbia bisogno più in tutto od in parte, se ne può domandare la liberazione o la riduzione.

SOMMARIO.

I. La pensione alimentare è sempre in proporzione del bisogno e delle facoltà attuali.

II. Caso di più coereditori.

I. — Questi due articoli, de' quali il secondo non è che la conseguenza del primo, fissano delle regole, che dalla sola ragione si sarebbero stabilite, e senza dubbio alcuno sarebbero state applicate quand'anco nella legge non si fossero scritte.

La quota degli alimenti, cioè la cifra della somma che li rappresenta, evidentemente dee essere proporzionata al bisogno di chi li dimanda, ed alle facoltà di colui, che è tenuto a prestarli. Così, quando la fortuna del debitore è sufficiente a far fronte a tutte le necessità possibili, l'obbligo si limiterà ai soli bisogni del chiedente, comunque fossero onerosi. Quando, al contrario, le sostanze del debitore non permettono che si possa sorpassare una determinata somma, è mestieri rimanere fra questi limiti, quantunque il bisogno del chiedente imponesse d'oltrepassarli.

(1) L'art. 493 delle nostre leggi civili estende l'obbligo di nutrire, mantenere ed educare i figli *Marcadé T. I.*

anche all'avo ed al proavo paterni. Vedi la nota (1) pag. 376 (Nota del traduttore).

Del resto l'estima e del bisogno e delle sostanze non dovrà giammai farsi in un modo assoluto, ma deesi aver riguardo alla persona, alla sua educazione, alla sua posizione sociale, al suo modo di vivere. Così un alto personaggio che ha sempre goduto, ed il cui figlio gode egualmente 60,000 fr. di rendita, trovasi in strettezza quando è ridotto a vivere con soli 800 fr.; laddove un vile bracciante, non atto più al lavoro attesa la sua età, non è certo in bisogno con 5 o 600 fr. di entrata. Non è affatto irregolare concedere al primo, ad onta che abbia ancora beni, una somma più considerevole di quella che si accorderebbe al bracciante che non ha nulla.

Lo stesso è a dirsi per le sostanze di colui cui si dimandano gli alimenti: di due individui, de' quali ognuno lucra 4,000 fr. annui, quegli che non è tenuto ad alcun lusso, il commesso, per esempio, di una casa di commercio, ha sostanze maggiori di colui, che è obbligato ad esercitare una carica nella società, verbigrazia, di consigliere in una corte.

Or l'assegnamento primitivo può e deve posteriormente, a seconda delle circostanze, ricevere delle modifiche in senso inverso, che la ragione chiaramente indica... Se le sostanze del debitore aumentano, sia per accrescimento effettivo di fortuna, sia per diminuzione di pesi o cambiamento di grado sociale, la pensione può essere accresciuta se da principio non fu elevata alla sua più alta cifra. Se, al contrario, le facoltà diminuiscono, questa pensione, quantunque tenuta fin dalla sua origine, può esserlo ancora di più. Se i bisogni poi aumentano, la pensione, purchè non tocchi il massimo di ciò che può somministrare il debitore, dovrà essere aumentata, e sarà diminuita, scemandosi i bisogni, allorchè non è stata elevata al suo più alto grado. Da ultimo, avrà termine la pensione, cessando interamente i bisogni o la possibilità a pagarla.

In una parola, la pensione non dovrà giammai oltrepassare i limiti reciproci del bisogno attuale del creditore e delle sostanze attuali del debitore, ed è chiarissimo che l'articolo 209 [199] non parla del caso di soppressione o di diminuzione, affin di non escludere il caso reciproco d'aumento.

II. — Nella ipotesi di più debitori, il debi-

to ed il credito alimentare dovranno sempre regolarsi secondo questi stessi principi, sia per l'assegnamento primitivo, sia per le modificazioni posteriori che le circostanze possono produrre. È evidente, in effetti, che ciò che dicesi dalla legge di *colui che deve gli alimenti*, si applica del pari a coloro che li debbono congiuntamente. Così, quando un padre, privato di ogni mezzo, ha tre figli, le cui sostanze riunite presentano un valore considerevole, si dovrà fissare una somma che soddisfaccia compiutamente ai bisogni tutti del padre, e la porzione che ognuno di essi dovrà somministrare sarà determinata in proporzione del rispettivo patrimonio paragonato a quello degli altri fratelli. Se quindi si assegna al padre una pensione di 1,500 fr., e de' tre figli l'uno possiede 250,000 fr., l'altro 100,000, ed il terzo 25,000 soltanto, il primo dee contribuire 1,000 fr., il secondo 400 e l'ultimo 100; salvo sempre, il cambiamento che le circostanze posteriori potesse rendere necessario, sia quanto alla determinazione dell'ammontare della pensione, sia quanto alla proporzione delle quote rispettive dei figli.

Del resto, è mestieri qui applicare la regola di già indicata nell'art. 207 [196], cioè che per imporre l'obbligo alimentare ad un parente o ad un affine più lontano, non è necessario che l'affine o il parente più prossimo sia morto o nell'impossibilità di soddisfare in menoma parte al suddetto obbligo, ma basta che non possa adempierlo per intero. Così, quando io ho bisogno di una pensione di 1,000 fr. e mio figlio e mio suocero sono i soli che possono somministrarmi qualche cosa, se mio figlio, che precedentemente era debitore di mio suocero, non può pagare più di 700 fr., i rimanenti 300 mi debbono essere somministrati da quest'ultimo. Se in seguito, mio figlio può pagare i 1,000 fr. od i miei bisogni diminuiscono, in guisa che 700 fr. mi sono sufficienti, mio suocero avrà il dritto a chiedere d'esser liberato dalla sua obbligazione.

210 [200]. — Se la persona che deve somministrare gli alimenti, giustifica di non poter pagare la pensione alimentare, il tribunale con cognizione di causa, potrà ordinare che la detta persona riceva nella propria casa, nudriscia e mantenga quello al quale essa deve gli alimenti (1).

(1) L'articolo 200 nelle nostre leggi civili prima del 17 ottobre 1836 si leggeva tal quale leggeva l'art. 210 nel Codice napoleonico, cui rispondeva. A quell'epoca una legge venne a dettarlo nel seguente modo — « Gli alimenti da' discendenti » agli ascendenti, o da un collaterale all'altro » ranno dovuti in pensione. Se però la persona che

» vi è tenuta giustificasi di non poter pagare la pensione, il tribunale con cognizione di causa potrà » ordinare che la medesima riceva nella propria » abitazione, nudriscia e mantenga quello al quale » sono dovuti gli alimenti.
» I discendenti riceveranno gli alimenti in casa » de' loro discendenti, se pure a costoro non piac-

■ 11 (1). — Il tribunale pronunzierà egualmente, se il padre o la madre che offrirà di ricevere, nutrire e mantenere in propria casa il figlio a cui deve gli alimenti, debba essere dispensato dal pagamento della pensione alimentare.

I. — Ciascuno di questi articoli dimostra due cose, da noi già supposte nella spiega degli articoli precedenti: 1.° che sotto il nome di *alimenti* la legge comprende non solo il vestimento, l'abitazione, e tutto il mantenimento, ma anche la nutrizione, e che perciò la obbligazione abbraccia tutto quello che è necessario ai bisogni della vita, tanto nello stato d'infermità che in quello di salute; 2.° che la obbligazione dee soddisfare in danaro.

Tuttavolta, la legge ha preveduto che quest'ultima regola dovrebbe qualche fiata sottostare ad eccezione, e per stabilirla ha scritto i due nostri articoli. Si fatta eccezione non ha mai luogo di pieno dritto; è mestieri che sia pronunziata dai tribunali, i quali possono soltanto ammetterla a favore del padre e della madre, purché vi sia impossibilità di pagare la pensione (art. 210 [200]), e possono ancora dispensare i genitori dal pagamento in danaro, supposto che non vi scorgano alcuno inconveniente.

Di leggieri si comprende la ragione di una tale differenza. Tranne circostanze speciali che per il figlio rendono perigliosa, od almeno troppo incomoda la vita comune, costui si mostrerebbe assai disaffezionato rifiutandosi a ricevere gli alimenti in natura dalle mani di coloro da cui fu allevato, e nella casa ove egli vide la luce e che fu sua. Ma è ben diverso per ogni altro individuo che non sia il padre e la madre, ed anche gli avi e le ave: la legge, tranne il caso d'impossibilità di soddis-

fare gli alimenti in danaro, non permette di pronunziare l'eccezione che a vantaggio dei genitori, e siam di avviso che questa non possa estendersi agli altri ascendenti, perchè innanzi tutto è una eccezione; perchè i due casi, come precedentemente si è detto, non sono all'intuito analoghi: infine, perchè quando nel Consiglio di Stato fu adottato l'antico principio, proclamato dal nostro art. 210 [200], che gli alimenti debbono somministrarsi in danaro, salvo il caso d'impossibilità, si parlò di attenuare il rigore della regola a pro del solo padre, senza per nulla favellarsi degli altri ascendenti più lontani (Feneti, pag. 71).

E però allorché si tratterà di genitori, il tribunale non dovrà obbligarli a pagare una pensione, se non quando la vita comune presenta de' seri inconvenienti; ma trattandosi di ogni altro parente od affine, la pensione in danaro sarà obbligatoria, salvo il solo caso d'impossibilità a pagarla (2).

II. — Il dritto agli alimenti esiste sempre, qualunque possano essere i torti di chi li reclama rispetto a colui che ne ha il debito. Due soli casi sono da eccettuarsi: 1.° quando quegli che li dimanda fosse stato condannato per aver tentato di uccidere chi vi ha il tenuto; 2.° quando contro di costui avesse promossa un'accusa capitale, giudicata calunniosa. In effetti, in questi due casi, la legge frange i dritti inerenti alla parentela, giusta il dettato dell'art. 727 [618] (3).

CAPITOLO VI.

DE' DIRITTI E DE' DOVERI ASPETTATIVI DE' CONIUGI.

■ 12 [201]. — I coniugi debbono reciprocamente fedeltà, soccorso, assistenza.

» *cia somministrarli in pensione. Potranno riceverli in pensione quando per gravi motivi così venga ordinato dal tribunale.* »

La Novella 417, cap. 7, di Giustiniano enumera le cause per le quali il magistrato può autorizzare un figlio a ricevere gli alimenti fuori il tetto paterno. Esse sono — « 1. Se avvi nella casa paterna una madriglia che senta *novercale odium*; — 2. Se il figlio è sviziato dal padre; — 3. Se il padre fosse di pessimi costumi; — 4. Se nella casa paterna il figlio ricevesse scandalo. » — Ad onta del dritto romano, nel nostro antico patrio dritto, la consuetudine si *quis habet* sotto il titolo di *alimentis praestandis*, dispose che fossero dovuti gli alimenti al figlio sempre che non avesse voluto convivere col padre. A 14 marzo 1738, regnando Re Carlo III, le quattro ruote del Sacro Consiglio napoletano riunitesi decisero dover all'uopo aver vigore il solo dritto romano, e la prammatica *de alimentis praestandis* del 15 gennaio 1742 sublimò a legge questa sua decisione. Laonde, in vista di ciò, sembra chiaro che l'articolo, come ora si legge nelle nostre leggi civili, avesse avuto in mi-

ra di rimettere alla testè citata novella 417, ove si tratta di fissare i gravi motivi. (Nota del trad.)

(1) Questo articolo non si legge nelle nostre leggi civili (Nota del traduttore).

(2) Vedi la nota (1) pag. 386. (Nota del trad.)

(3) L'art. 618 delle nostre leggi civili rispondente all'art. 727 del Codice francese ne due primi comma dice — « Sono indegni di succedere, e » come tali esclusi dalla successione — 1.° Colui » che fosse stato condannato per aver ucciso o tentato di uccidere il defunto — 2.° Colui che avesse » se promosso contro il defunto un'accusa di delitto capitale. » — Ora noi siamo di avviso contrario al nostro autore il quale per analogia vorrebbe che gli individui contemplati in questi due comma fossero destituiti eziandio del dritto di chiedere gli alimenti; e lo siamo sul riflesso che sendo questa una pena non può andar inflitta se non quando la legge espressamente li dichiara; ne è lecito, massime in queste materie, distinguere ove la legge non l'ha fatto. Vedi le nostre osservazioni a quest'articolo (Nota del traduttore).

I. — Son questi tre doveri distinti; conciosiachè nulla avvi di comune tra l'assistenza ed il soccorso. Questo consiste nel dare, o in natura o in danaro, delle cose necessarie alla vita; quello (da *sistere ad*) nel prodigare personalmente quelle cure che si è in grado di fare. Il soccorso esce dalla borsa, *ex arca*; l'assistenza viene dal cuore, *ex virtute*.

Quanto alla fedeltà coniugale, avvegnachè ognuno de' coniugi vi sia tenuto per un identico titolo ed in una maniera strettissima, non pertanto la legge, intorno a ciò, tratta il marito, e ragionevolmente, con minore severità della moglie. L'infedeltà di costei è molto più grave, da prima in sè stessa, perchè l'indole della donna richiede che sia più ritenuta, più modesta, e più riservata; in secondo luogo e soprattutto per le sue conseguenze, poichè questa specie d'infedeltà può sempre mettere a carico e nella casa del marito dei bastardi che involeranno la sua successione. Per conseguente, la legge permette la separazione personale, e pronunzia una pena correzionale per qualsiasi adulterio della moglie, mentre pel marito richiede che vi concorra la circostanza di aver mantenuta una concubina nella casa comune, onde soggettargli a questi effetti, ed inoltre la pena correzionale è anche più leggiera (Ved. gli art. 229, 230, [217, 218] e 306 (1) del Cod. civ.; 337, e 339 [325, e 328] del Codice penale (2)).

212 [202]. — Il marito è in dovere di proteggere sua moglie, la moglie di dipendere da suo marito.

214 [205]. — La moglie è obbligata ad abitare con suo marito, ed a seguirlo ovunque egli crede opportuno di risiedere: il marito è obbligato a riceverla presso di sè, ed a somministrarle tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita, in proporzione delle sue sostanze e del suo stato.

SOMMARIO.

- I. Doveri di assistenza da parte della moglie. — Duplice conseguenza che ne risulta.
- II. La moglie e può essere costretta col sequestro delle sue rendite, ad abitare presso marito.
- III. L'obbligo non è occasion in tre casi.

(1) L'art. 306 del codice napoleone, che riguardava il divorzio, non fu riprodotto nelle nostre leggi civili, come quelle che non accolsero questa istituzione, non consona ai nostri principi di ortodossa religione. Vedi la nota a quest'articolo. (Nota del traduttore).

(2) L'articolo 337 del Codice penale francese commina alla moglie adultera la pena di tre mesi a due anni di prigionia; e l'articolo 339 condanna il marito adultero, che avrà tenuta una concubina nella casa comune, ad un'ammenda di 160 a 200 franchi. Gli articoli 326 e 328 delle nostre leggi penali molto più ragionevolmente indiggono la

I. — Il marito, per la stessa natura, è stabilito protettore e sorvegliatore della moglie, capo della società intima e sacra che si forma tra loro. La moglie quindi gli dev'essere sottomessa, secondo il precetto di S. Paolo: *Mulieres viris suis subditae sint*.

Da questo dovere di sommissione nasce, per la moglie. l'obbligo stabilito dall'articolo 214 [203], di seguire da per tutto suo marito, e quello consacrato e sviluppato negli articoli susseguenti, di non procedere in generale agli atti della vita civile se non sotto la vigilanza e con l'autorizzazione del marito.

II. — La moglie deve per massima seguire suo marito ovunque questi crede acconcio fissare il suo domicilio [art. 108 [113]], quand'anco volesse andare a dimorare in paese straniero; poichè la legge non distingue, ed il marito può avere, onde prendere un tal partito, delle ragioni di futura prosperità per lui, per sua moglie e per i suoi figli, od altri motivi gravi di cui la sua qualità di capo della società coniugale lo rende giudice. Del rimanente ciò fu proclamato nel Consiglio di Stato, e fu motivo di far sopprimere un comma all'art. 214 [203], il quale restringeva l'obbligo alla sola Francia [Fenet, pag. 75].

Ed il marito per forzare la moglie ricalcitrante ad abitare seco lui, per costringerla a rientrare nel domicilio coniugale, può farsi autorizzare ad usare mezzi coercitivi, resi possibili dalla nostra legislazione, cioè il sequestro delle di lei rendite ed anche l'uso della forza pubblica.

La nostra dottrina, generalmente ammessa (3) per quel che riguarda quest'ultimo mezzo, è contraddetta da Delvincourt e Duranton (II-410). Si obietta che sia questo un mezzo non pure scandaloso, ma inutile, poichè la moglie non può essere trattenuta in carcere privato, e che condottavi oggi dalla forza potrebbe fuggirsene la dimane; che nella specie si tratta di un'obbligazione di fare, ed in tutte quelle obbligazioni le quali hanno per oggetto un fatto, non si può condannare all'esecuzione diretta, ma soltanto ai danni ed interessi: *nemo potest praecise cogi*

stessa pena del secondo al terzo grado di prigionia non pure alla moglie che al marito adultero. (Nota del traduttore).

(3) Toullier (XII-109), Favard (ved. Moglie, n. 4), Vazelle (II-293), Coin-Detisle (art. 2063, n. 4), Zachariae (III, p. 321), Odilon-Barrot (Encycl., v. abandon di coniuge), Valette (sopra Proud., I, p. 453), Demolombe (IV-107), Colmar, 4 genn. 1817; Naney, 11 apr. 1826, Rig. 9 agosto 1826; Aix, 29 marzo 1831; Colmar, 10 luglio 1833; Aix, 23 marzo 1840; Dijon, 23 luglio 1840 (Devil. 33, 2, 92; 34, 2, 427; 40, 2, 291 e 474).

ad factum: si argomenta da ultimo dall'art. 2063 (1), il quale proibisce energicamente al giudice di pronunciare l'arresto personale, salvo i casi positivamente previsti dalla legge.

Ma innanzi tutto, non è questo un caso di arresto personale; non si tratta d'imprigionare la moglie, ma soltanto di farla condurre al domicilio coniugale. In secondo luogo il mezzo non è sì scandaloso come si crede: un marito può, senza gran romore, presentarsi con due uscieri, o anche con due gendarmi senza uniforme, al domicilio della suocera o di qualsiasi altra persona ove si è potuta recare sua moglie, e farla montare su di una vettura per menarla al proprio domicilio. Nè un tal mezzo sarà sempre inutile; perciocchè è possibile che una moglie non resiste a suo marito se non perchè istigata da una persona, dalla cui influenza forse le incresce di non potersi sottrarre. Infine, è falso che qui trattasi di una di quelle obbligazioni ordinarie di fare che non sono soggette all'esecuzione diretta, e che si risolvono ne' danni ed interessi. La regola *Nemo potest*, ecc., è dettata per le obbligazioni relative agl'interessi pecuniari, materiali, e valutabili in danaro. E però il pittore e l'appaltatore, i quali non vogliono eseguire le loro obbligazioni di farmi un quadro o di costruirmi una casa, saranno condannati a pagarmi una somma, colla quale io farò edificarmi la casa o dipingermi il quadro da un altro. E quand'anco il fatto non fosse di natura tale da potersi compiere da un altro, supposto che in sostanza trattasi d'interessi pecuniari, egli è ben naturale che io mi contenta de' danni-interessi, cioè di una somma che mi rappresenta la perdita sofferta per l'inesecuzione, o l'utile che mi si è impedito di realizzare. È noto che in simili casi si rispetta la libertà dell'individuo, e che non gli si pongono le mani addosso. Ma nel matrimonio non è più questione di danaro, nè di utili, nè di perdite: come dunque si può parlare di danni-interessi, di riparazione in danaro? Nel matrimonio non è soltanto un fatto personale, è la stessa sua propria persona che mia moglie m'ha promesso: perchè dunque non potrei colle vie legali assicurare il possesso di lei, oggetto diretto del contratto? Perchè per riuscirci non potrei usare anche la forza pubblica, quando non mi rimano altro mezzo che questo dal quale io possa sperare un felice risultato?... Non bisogna dunque meravigliarsi, con Duranton, che questa dottrina si sia accreditata e che vi sia su questo punto quasi uniformità di giurisprudenza.

(1) Questo articolo fu soppresso nelle nostre leggi civili. Vedi le nostre osservazioni al luogo proprio. (Nota del traduttore).

Del rimanente, è evidente, che i tribunali non dovranno autorizzare simili misure che con una estrema prudenza, e quando le circostanze ne assicurano probabilmente il successo.

III. — La regola secondo la quale la moglie è tenuta ad abitare col marito soffre eccezione in tre casi.

1.° Se il marito non offre alla moglie una dimora convenevole; imperciocchè, come si scorge dal testo medesimo del nostro articolo, il dovere d'abitazione imposto alla moglie è correlativo all'obbligo che ha il marito di riceverla e trattarla secondo le sue facoltà ed il suo stato; — 2.° se il marito, senza esservi astretto da una triste necessità, volesse condurre la moglie di paese in paese senza giammai fermarsi ad alcun luogo; conciosia- ché la moglie ha l'obbligo di seguire il marito là ove giudica a proposito di risiedere, e non quello di menare seco lui una vita errante e vagabonda; — 3.° infine, se, malgrado la prescrizione contraria di una legge speciale, il marito volesse uscire dalla Francia; dappoichè l'obbedienza della moglie cessa di essere un dovere, allorchè diventa un delitto.

Noi qui non favelleremo della separazione personale, non essendo questa un'eccezione, ma lo annientamento della stessa regola: poichè la moglie, in quel caso, ha il suo domicilio separato, nel quale il marito non ha il dritto di condursi, e la moglie di andare in quello del marito.

§ 15 [204]. — La moglie non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del marito, quand'anche ella esercitasse pubblicamente la mercatura, o non fosse in comunione, o fosse separata di beni.

§ 16 [206]. — L'autorizzazione del marito non è necessaria, allorchè la moglie è sottoposta ad inquisizione criminale o di polizia.

SOMMARIO.

- I. Autorizzazione maritale. — Sua doppia oggetto. — Essa è necessaria alla moglie per stare in giudizio, salvo il caso d'inquisizione criminale.
- II. Non è necessaria per le utilità estragiudiziali. — Osservazione sulla parola non fosse in comunione.
- III. Rinvio al Codice di procedura per varie questioni.

I. — Abbiamo di già veduto che la incapacità per la moglie di stare in giudizio, di procedere, in generale, ad alcun atto civile senza l'assenso del marito, è una conseguenza della sommissione cui ella è tenuta verso il medesimo. Questa incapacità dalla legge, nei due articoli in disamina, è applicata da prima al caso di giudizi da sostenersi dalla moglie;

e quindi negli articoli seguenti ai contratti che la medesima può effettuare. E però la moglie primariamente non può, senza l'autorizzazione maritale, *stare in giudizio, stare in iudicio*, cioè presentarsi innanzi ai tribunali per litigare, sia come attrice, sia come convenuta.

Abbiamo detto per *litigare*; imperciocchè se si trattasse di comparire come testimone, non vi sarebbe mestieri del consenso del marito: ma essendo in causa come parte, come interessata nella sentenza a pronunciarsi, l'autorizzazione maritale è indispensabile, salvo la sola eccezione indicata dal secondo nostro articolo.

Allorchè si tratta di un'azione criminale (sia *criminale* propriamente detta, sia di *polizia* correzionale, sia di *polizia municipale*) la donna maritata, contro cui l'azione è diretta, può difendersi, senza chiedere alcuna autorizzazione; perchè in simiglianti materie, il diritto alla difesa è troppo sacro per essere esente da qualsiasi specie di formalità. Ma bisogna che si tratti di un'azione criminale, di un'azione diretta dal pubblico ministero contro la moglie, essendochè costei in un'azione civile per riparazione di danni-interessi causati da un delitto, avrebbe uopo d'essere autorizzata, ancorchè la parte danneggiata intentasse l'azione innanzi i tribunali correzionali, come il permette l'articolo 182 del Codice d'istruzione criminale (Ved. art. 199, II). Nulladimeno non avrebbe uopo d'autorizzazione, se l'azione civile fosse intentata congiuntamente ed accessoriamente alla domanda del pubblico ministero: perciòchè *accessorium sequitur principale*, ed il giudice che sufficientemente e regolarmente è informato della domanda principale, lo è ancora di quella accessoria. Il che primariamente è dimostrato dall'art. 359 del Codice d'istruzione crimin., il quale permette alla parte danneggiata di far la sua domanda, anche nel corso del dibattimento finchè non si pronunzi la sentenza; e secondariamente, dai termini stessi del nostro art. 216 [205], il quale ammette la eccezione nel solo caso che si agisca criminalmente contro la moglie.

Ma, salvo quest'eccezione, la donna maritata che è convenuta, e sempre allorchè è attrice, deve, per la validità della procedura, essere autorizzata dal marito. D'onde segue che intentandosi dalla medesima un'azione, nella istanza dee menzionare che ella agisce con l'assistenza di suo marito, e che negli atti di difesa, è necessario di citare costui insieme con lei (Arresti conf. della Corte supr., del 7 ottobre 1811, e 25 marzo 1812). Infine, non è mestieri che l'autorizzazione sia in iscritto, basta, come dimostreremo nell'articolo seguente, che sia provato che il marito ac-

consenta; per conseguenza la circostanza che questi sia personalmente in causa, offre una sufficiente autorizzazione.

II. — È chiaro che i due nostri articoli si riferiscono unicamente alla ipotesi in cui si tratta di stare in giudizio; ond'è che negli atti che non sono relativi ad una istanza, verbigrazia, intime, proteste, citazioni ed altri atti del ministero dell'uscieri, ma estragiudiziali, vale a dire che si compiono fuori del giudizio, l'autorizzazione non è affatto necessaria, purchè la moglie abbia il dritto di amministrare quelle cose che formano l'oggetto de' soprannominati atti.

Questo dritto d'amministrazione, giusta quel che abbiamo detto sotto l'art. 121 [130], n.º 1, è più o meno esteso per la donna maritata, secondo il regime cui ella è sommersa. Si può altresì estendere alla donna autorizzata ad esercitare la mercatura. Ma la donna maritata qualunque sia la sua qualità, ed il regime che si abbia scelto, salvo l'eccezione testè indicata, non può giammai stare in giudizio. Ella nol può ci dice l'art. 215 [204], quand'anco non fosse in comunione o fosse separata di beni.

N. B. — Avvertiamo essere un controsenso riferire la parola *quand'anco* alla moglie che non è in comunione, poichè il regime esclusivo di comunione è precisamente quello in cui ella ha meno dritti. In tale ipotesi, in fatti, il marito ha, come nella comunione legale, la piena amministrazione de' beni della moglie; ma di più egli, in cambio di porne le rendite nella massa comune da dividersi in seguito tra lui e sua moglie, ne diviene il proprietario, dopo di aver prelevato quel che è necessario per i bisogni domestici (art. 1530 e 1531 (1)). Le parole quindi *non fosse in comunione* debbono essere cassate dall'articolo.

III. — La quistione intorno al modo onde, secondo i casi, è uopo attaccare la sentenza in ultima istanza profferita contro una moglie non autorizzata; nonchè l'altra, cioè, dopo quale atto l'istanza promossa da, o contro una donna non maritata possa, non ostante il matrimonio contratto dalla medesima durante la lite, essere continuata senza l'autorizzazione maritale, appartengono, insieme a moltissime altre, al Codice di procedura; per la qual cosa oltrepasseremmo i limiti che ci siamo prefissi, se volessimo assumerne qui la soluzione.

217 [206]. — La moglie, ancorchè non sia in comunione o sia separata di beni, non può donare, alienare, ipotecare, acquistare, a titolo gratuito ed oneroso, senza che il

(1) Questi articoli furono soppressi nelle nostre leggi civili (Nota del traduttore).

marito concorra all'atto, o presti il suo consenso in iscritto (1).

SOMMARIO.

- I. Incapacità per la moglie ad alienare od acquistare. — Questa incapacità rinchiusa in se quella di obbligarsi.
- II. Ristrutturamento e questa triplice abito, in qual modo bisogna interpretarla.
- III. E più o meno estesa secondo i casi.
- IV. Esplicita derogazione apportata dal nostro Codice agli antichi principii.

I. — Reputiamo inutile ripetere, intorno alle parole *non sia in comunione*, l'osservazione che abbiamo fatta nell'art. 215 [204] egli manifestò che le medesime debbono essere parimente depennate dal nostro articolo e che la congiunzione *ancorchè* è riferibile soltanto alla separazione de' beni.

Ogni donna maritata, ancorchè fosse separata di beni, dal nostro articolo, per massima, è dichiarata incapace ad alienare o ad acquistare, sia a titolo gratuito, sia a titolo oneroso, senza l'autorizzazione di suo marito.

Incapacità di alienare, incapacità di acquistare: l'intero articolo si restringe a queste due idee, la prima delle quali è espressa con termini ridondanti ed inutili. In effetti, *donare* è lo stesso che alienare gratuitamente, ed *ipotecare* è anche alienare, perciocchè l'ipoteca è un dritto reale, uno smembramento del dritto di proprietà, che il concedente fa escire dal suo patrimonio per farlo passare in quello del concessionario. Sarebbe stato quindi più logico e più semplice dire che la moglie, senza l'autorizzazione del marito, non poteva nè alienare, nè acquistare.

E dappima la moglie non può alienare; dunque ella non può nè donare, nè vendere, nè permutare, nè rinunziare, nè pagare, nè concedere delle servitù, sieno reali, come il dritto di passaggio, di veduta, ecc., sieno personali, come l'usufrutto o l'uso. Ella non può neppure acquistare; dunque non può nè ricevere una somma, nè comprare, nè accettare una donazione, nè raccogliere una successione od un legato, nè acconsentire ad un dritto d'usufrutto o a qualsiasi altra servitù. Non reca meraviglia il vedere proibito l'acquisto a titolo oneroso, poichè ciò non sarebbe possibile senon come mezzo di un'alienazione reciproca; l'incapacità di obbligarsi rinchiusa in se quella di acquistare a titolo oneroso. La proibizione dell'acquisto gratuito si fonda su di un'altra causa che è facile a comprendersi; conciosiachè non è conveniente che una moglie riceva alcun che al-

l'insaputa di suo marito, *ne turpem quaestum faciat*.

Dall'incapacità di alienare, provviene, per la moglie, quella di obbligarsi in quale che siasi contratto. In effetti, la ragione c'insegna che colui che si obbliga impegna tutti i beni che ha e che potrà avere per soddisfare la sua obbligazione, ed il Codice consacra questo principio negli art. 2092 e 2093 [1952 e 1963]: « Chiunque si è obbligato, dice la legge, è tenuto sotto la garanzia di tutt'i suoi » beni presenti e futuri. I beni del debitore » sono la garanzia comune de' suoi creditori. » Or la ragione c'insegna del pari, e la legge sancisce nell'art. 2124 [210], che, per impegnare i beni, è necessario avere il dritto d'alienarli. A che varrebbe, in fatti, l'obbligazione assunta da una persona che non potesse nulla far escire dal suo patrimonio? Se ha l'obbligo di darci una somma di danaro, di rilasciarmi una delle cose che le appartengono, le è vietato di mandarlo ad effetto; se ha l'obbligo di fare qualche cosa per me, io non potrei astringerla se non mediante una condanna ai danni-interessi; ma le è inibito a spogliarsi dal suo denaro, di una porzione de' suoi beni. Nell'anzidetta ipotesi quindi si contrarrebbe un'obbligazione che non potrebbe essere adempiuta, cioè un'obbligazione senza ligame, un'obbligazione che non avrebbe niuno de' caratteri propri per esser tale.

Essendo dunque la donna maritata incapace ad alienare, lo è anche a contrattare, e ad obbligarsi. Ciò in fatti risulta dagli art. 212, 220, 221, 222, 224 [208, 209, 210, 211, 213], ne quali la legge parla sempre di *contrattare, di obbligarsi, di fare qualche atto*; e nel modo più categorico poi è stabilito nell'articolo 1124 [1078] nel quale dicesi che « gl'incapaci a contrattare sono: i minori, gl'interdetti, le donne maritate. »

II. — E però la donna maritata non può alienare, acquistare, obbligarsi; ma è uopo ben intendere il senso di questa regola, la quale unicamente abbraccia gli atti tendenti *intenzionalmente* per parte della donna maritata alla diminuzione od all'aumento del suo patrimonio, o alla creazione di un'obbligazione.

1.° La moglie non può alienare, *rem suam alienam facere*, cioè spogliarsi da sè stessa della sua cosa, e farla, per propria volontà, divenire d'un altro individuo. Ma da ciò non ne segue che i suoi beni sieno inalienabili: possono questi al contrario divenire d'un'altra persona, *aliena*; può ella esserne spogliata; può

(2) L'articolo 206 nelle nostre leggi civili contiene il seguente comma, che non si legge nel corrispondente articolo 217 del Codice napoleonico — « *Nondimeno sarà valido, anche senza autorizza-*

» *zione del marito, la donazione che farà ad alcuno de' suoi figli comuni, o procreati da lei con altro antecedente matrimonio.* »

vedersene appropriata per effetto di contratti che abbiano avuto luogo senza volontà di obbligarsi, come mostriamo al n.° 3.° Inoltre ella può direttamente alienare, allorché si tratta della disposizione di ultima volontà vale a dire d'un testamento, la quale, durante la vita non è che un progetto revocabile a libito (art. 226 [215]).

2.° La donna maritata non può col suo solo beneplacito accettare una donazione fatta da un terzo, ma può acquistare ogni sorta di beni, quando l'acquisto risulta dalla natura stessa delle cose, dalle sole disposizioni della legge. Così, ella acquisterà benissimo per accensione (art. 516 e 517 [471 a 502]), per occupazione (art. 715, 716, 717 [635, 636, 737]) e per prescrizione (art. 2219 [2125]). Può altresì usare di tutti quei mezzi che hanno per oggetto la semplice conservazione di diritti già acquistati; per esempio, dimandare la trascrizione necessaria degli atti che vi hanno relazione, o l'iscrizione di una ipoteca concedutale (art. 940, 2139 [861, 2026]).

3.° La moglie non può a bello studio imporsi un obbligo, ma può trovarsi impacciata ne' lacci d'un' obbligazione validissima, quando questa nasce da tutt'altra causa che dalla sua intenzione di obbligarsi.

Le obbligazioni nel nostro dritto francese sono prodotte da cinque cause: da' contratti, da' quasi-contratti, da' delitti, da' quasi-delitti e dalla legge (art. 1370 [1324]). Or se la moglie non può imporsi giammai obbligazioni per la prima causa, il contratto, può qualche fiata assumerne per la seconda, e sempre poi per la terza e per le altre. Sicchè, la moglie sarà stretta da obbligo sì nel caso di tutela de' suoi figli del primo letto, come anche se il suo patrimonio si accresce a danno di quello d'un altro individuo, quando *aliquid in rem ejus versum erit*; conciosiacchè l'obbligazione non nasce allora dalla sua volontà, ma dalla disposizione della legge, la quale impone alla madre la tutela de' propri figli (art. 391), e non vuole che una persona, fosse anche incapace, s'arricchisca a spese altrui (art. 1231 [1194]). Ella lo è per i suoi delitti e quasi-delitti, come lo sarebbe nel medesimo caso un minore, perciocchè il fatto che li costituisce, quantunque volontario, nulladimeno non si compie nel disegno di obbligarsi (art. 1310 [1261]). Finalmente lo è pure nel quasi-contratto, quando il fatto che lo costituisce non procede da lei. E però, quando ella si è occupata a trattare gli affari di un terzo, senza che da costui ne fosse stata incumbenzata (d'onde segue che non vi sia

contratto di mandato), la mancanza dell'autorizzazione maritale la esime dall'esser tenuta agli obblighi del gerente di affari (argom. dell'art. 1990 [1562]) ed il terzo non avrebbe azione contro di lei, se non in caso di colpa che costituirebbe un quasi-delitto: ma se per l'opposito i di lei affari sono trattati da questo terzo, ella è tenuta a tutti gli obblighi reciproci, giusta l'art. 1375 [1329] (Pothier, *Potestà del marito*, n. 50), e non come insegna Duranton (n. 497) *infino alla concorrenza di ciò di cui avrà profitto*; imperciocchè il terzo, avendo allora l'azione del quasi contratto di gestione, non è ridotto a quella *de in rem verso*.

III. — Questa incapacità delle donne maritate di alienare, acquistare ed obbligarsi, non esiste in un modo assoluto ed identico per tutte; è più o meno grande, a seconda della professione della donna e del regime col quale si maritò. Così, la moglie mercantessa può alienare, acquistare ed obbligarsi per ciò che concerne il suo commercio (art. 220 [200]); e del pari quella che ha il dritto d'amministrare da per sé tutto o parte del suo patrimonio, può fare tutti gli atti necessari a quest'amministrazione ed alienare i beni mobili che le appartengono. Or questo dritto d'amministrare appartiene, per l'intero suo patrimonio, alla moglie separata di beni, o per contratto, o per sentenza (art. 1419, 1536 [1413, (1)]); alla donna maritata col regime dotale, per i suoi beni parafernali (art. 1576 [1389]); infine, alla donna, sia o no in comunione, per i beni di cui ella si ha riservato il godimento (art. 1534 (2), 1387 [1482]).

E poichè la donna maritata ha sovente fiato, secondo le anzidette regole, il dritto di contrattare, in limiti più o meno larghi, perciò l'art. 1124 [1078], dopo di aver annunziato che gl'incapaci a contrattare sono i minori e gl'interdetti, aggiugne con restrizione: *le donne maritate, nei casi espressi dalla legge*.

Del resto, la moglie non mercantessa avendo questo dritto di alienare i suoi beni mobili e di obbligarsi, quale conseguenza del dritto di amministrazione, ella non può quindi stipulare, senza autorizzazione, se non gli atti relativi a questa stessa amministrazione. Sicchè la moglie separata di beni, cui l'art. 1419 [1413] concede realmente, come era necessario, il dritto di alienare il di lei intero mobiliare, nulladimeno per l'amministrazione de' suoi beni non può assumere obbligazioni se non sino al valore del medesimo.

(1) L'art. 1536 del Codice napoleonico fu soppresso nelle nostre leggi civili, per le ragioni che esporremo a luogo proprio. (Nota del traduttore).

(2) Questo articolo fu anche soppresso nelle nostre leggi civili. (Nota del traduttore).

IV. — Il nostro Codice apporta due derogazioni agli antichi principj, delle quali l'una sarà indicata sotto l'articolo 225 [214], ed ecco in che consiste l'altra:

Altre fiate, era uopo che l'autorizzazione data dal marito alla moglie, per istipulare un atto, fosse stata espressa e formale. Non bastava l'autorizzazione tacita risultante dall'intervento del marito quale parte nell'atto; ciò reputavasi sufficiente soltanto per istare in giudizio (Pothier, *Obblig.* part. 1, cap. 3, sez. 3, n. 30). Il Codice non ha accolta questa sottigliezza, e l'autorizzazione tacita basta oggi sì per gli atti estragiudiziali come per istare in giudizio.

Abbiamo detto per istare in giudizio; perocchè è evidente che il Codice il quale rigetta formalmente la regola dell'autorizzazione espressa nel caso in cui dall'antico diritto era richiesta, non può esigerla in quello nel quale lo stesso antico diritto non la comandava. Se il nostro articolo chiaramente si esprime intorno al concorso del marito, mentre l'art. 215 [201] non ne favella affatto, la ragione è chiara, poichè, per mutare qui l'antica giurisprudenza, era uopo d'una disposizione esplicita la quale sarebbe tornata inutile nell'art. 215 [201]. La pruova che il concorso, l'assistenza di fatto, sia sufficiente per istare in giudizio è che la parola *assistenza* leggevasi dapprima nell'art. 215 [201], la quale fu poscia surrogata dall'altra parola *autorizzazione*, unicamente perchè quella era adoperata in diverso senso nell'art. 212 [20] (Ved. Fenet, pag. 74.)

Ma l'autorizzazione tacita, come è manifesto, non può risultare che dal concorso del marito. Ogni altra circostanza dalla quale si pretendesse inferire il consenso del medesimo sarebbe insignificante e non toglierebbe la necessità del consenso scritto. Del rimanente una scritta qualunque, una lettera missiva, a modo d'esempio, sarebbe più che sufficiente.

È inutile aggiugnere esser uopo che il marito vi concorra in guisa da provare il suo consenso. Per la qual cosa se egli firma una cambiale e la moglie vi scrive al disotto che ella si obbliga al pagamento insieme con lui, è chiaro che non v'ha nulla che indichi l'autorizzazione. Non vi ha neppure concorso di amendue coniugi in solo atto, ma si hanno due atti e due obbligazioni, la seconda delle quali, quella della moglie, si è formata di nascosto del marito. Nel caso inverso avrebbe luogo l'opposto.

218 [207]. — Se il marito ricusa d'autorizzare la moglie a stare in giudizio, può il giudice autorizzarla.

219 [208]. — Se il marito ricusa d'autorizzarla.

Marcadé T. I.

torizzare la moglie a qualche atto, questa può far citare direttamente il marito innanzi il tribunale di prima istanza del circondario (*arrondissement*) del domicilio comune, il quale può accordare o negare la sua autorizzazione, dopo di essere il marito stato inteso, ovvero legalmente chiamato nella camera del consiglio.

I. — Non bisogna prendere alla lettera la differenza di redazione di questi due articoli, l'uno de' quali parla dell'autorizzazione concessa dal giudice, mentre l'altro dice che l'autorizzazione emana dal tribunale. È l'intero collegio che in questi due casi autorizza. La parola giudice è messa nell'art. 218 [207] per denotare l'autorità giudiziaria. Ma nel caso preveduto da quest'articolo quale è il tribunale che autorizzerà? La legge la quale nell'articolo seguente ha cura di designare il tribunale del domicilio delle parti nella ipotesi che il marito ricusi d'autorizzare la moglie a fare qualche atto, non dice poi quale sarà il tribunale competente allorchè si tratta di stare in giudizio.

Vi ha una distinzione naturalissima a farsi, per la quale saggiamente nell'articolo non si è nulla particolarizzato. Allorchè la moglie sarà attrice, è necessario che ella pria di citare il convenuto sia autorizzata dal marito, ed in caso di rifiuto di costui, il tribunale del domicilio comune dovrà autorizzarla. Se poi è convenuta, siccome in questo caso l'attore dovrà, per la validità della procedura, citare insieme con lei anche il marito, ella si presenterà direttamente innanzi al tribunale ove è stata chiamata; e se suo marito non si presenta con lei per assisterla, o non la provvederà di un'autorizzazione scritta, spetterà al tribunale, che è informato dell'affare, di autorizzarla pronunziando sulla domanda.

II. — Dopo la pubblicazione del Codice civile, l'art. 219 [208] fu modificato dall'articolo 861 [939] del Codice di procedura, il quale non permette più alla moglie di citare direttamente il proprio marito. Secondo quest'art. 861 [939], la moglie dopo di aver fatto constatare il rifiuto del marito mediante una citazione, deve avvanzar domanda al presidente del tribunale per ottenere il permesso di citarlo alla Camera del consiglio.

Il tribunale sentirà le ragioni del marito in questa Camera del consiglio, vale a dire in una sala divisa dall'uditorio, e nella quale il pubblico non è ammesso; ma, secondo l'art. 862 [940] la sentenza si pronunzierà all'udienza pubblica, intese le difese degli avvocati, ove ve ne sieno, e sempre sulle conclusioni del ministero pubblico. Giusta il signi-

ficato letterale de' due articoli 861 [939] C. di proc. civ., o 219 [209] C. civ., si potrebbe credere che il primo sia applicabile alla ipotesi di giudizio, e l'altro agli atti estragiudiziali. In effetti l'art. 861 [939] C. di proc. civ. non parla che della moglie, la quale vuole l'autorizzazione a *poter sperimentare i suoi dritti*, e sembra perciò non avere altro scopo che di riempire la lacuna del nostro art. 218 [208] senza riferirsi all'ipotesi dell'art. 219 [209]. Intanto, l'art. 861 Cod. di pr. civ. essendo stato redatto dopo i nostri due articoli: non iscorrendosi alcuna ragione perchè il legislatore non abbia voluto applicare all'autorizzazione per contrattare il sistema che egli aveva adottato per l'autorizzazione a stare in giudizio; ne' due casi il rispetto dovuto dalla moglie al marito dovendo produrre i medesimi risultati, ed in effetti Pigeau, che fu uno dei redattori del Cod. di pr. civ., spiegando il suindicato art. 861, afferma esser questo applicabile a tutti e due i casi, perciò noi siam di avviso che debbasi il medesimo riguardare come derogante al nostro art. 219, tanto più che in ciò non ravvisiamo alcuna specie d'inconveniente. Del resto è questa anche la giurisprudenza ammessa da' tribunali.

III. — Vi ha due casi ne' quali il marito, quantunque presente, maggiore e non interdetto, ciò non ostante è dichiarato incapace a poter autorizzare la moglie a stare in giudizio. Ciò ha luogo allorchè si tratta della separazione personale (art. 878 [956] cod. di pr. civ.), o soltanto della separazione de' beni (art. 865 [943] ivi): o l'autorizzazione in questi due casi non è data dal tribunale, ma dal presidente del medesimo.

Potrebbe supporre che la legge qui non si contenti dell'autorizzazione del marito, perchè questi non potrebbe autorizzare la moglie a piastre contro di lui. Al contrario, il solo fatto, per un marito, di citare sua moglie, equivale ordinariamente ad una sufficiente autorizzazione, siccome fu detto al Consiglio di Stato ed al Corpo legislativo, ed è stato deciso da più arresti. Ma il vero motivo è che qui si tratta di materie del tutto speciali, di giudizi che la legge vuole evitare per quanto più è possibile, e per i quali il presidente deve innanzi tutto adoprare ogni sua cura per arrestarne il procedimento. (Ved. gli art. 865-878 [943, 952-956] cod. di pr. civ.; e gli art. 237, 239, 282, 286 (1) del codice civile).

220 [209]. — La moglie, esercitando pubblicamente la mercatura, può, senza l'auto-

rizzazione del marito, contrarre obbligazioni per ciò che concerne il suo negozio; e nel detto-caso, ella obbliga anche il marito, se vi è comunione tra essi.

Ella non è considerata pubblica mercantessa, se non fa che vendere a minuto le mercanzie del traffico di suo marito; ma è considerata tale quando ella esercita un traffico separato.

SOMMARIO.

- I. Sotto quali condizioni la moglie può essere mercantessa. Con questa caratteristica ella ha la capacità d'ipotecare ed alienare i suoi beni immobili.
- II. Il marito è tenuto agli obblighi commerciali di sua moglie, ma non a suo onore personale.
- III. Quod dell'obbligo formato senza associazione di causa? Dissolvenza. — La validità del provento e dell'alienazione non è subordinata all'uso commerciale della donna.
- IV. Del caso in cui la moglie è mandataria del marito.

I. — La moglie, per essere *mercantessa pubblica*, non ha bisogno di tenere una bottega, un magazzino aperto; è sufficiente soltanto (Cod. di comm., art. 1 [2]) che ella faccia atti di commercio o che questa sia la sua abituale professione.

La moglie commerciante, siccome ogni altra donna maritata, non può stare in giudizio senza l'autorizzazione di suo marito o del giudice, neppure per quel che concerne il suo commercio (art. 215 [201]); ma come mercantessa può obbligarsi, contrattare, consentire a qualsiasi atto, ed anche, giusta l'art. 7 [11] del Codice di commercio, alienare ed ipotecare i suoi beni immobili, eccetto quelli che sono inalienabili perchè dotali (articolo 1534 [1367]).

Ma egli è uopo notare, che la moglie non può avere questa qualità di commerciante se non dietro il consenso almeno tacito di suo marito. Basta il consenso tacito, perciocchè l'art. 4 [8] del Codice di commercio non richiede un consenso scritto o formalmente espresso, ma soltanto il consenso; or quando una moglie esercita pubblicamente la mercatura a vista ed a saputa di suo marito, il quale non vi si oppone, sarebbe certamente ridevol cosa il dire che questi non vi abbia acconsentito.

Ma i tribunali potrebbero, rifiutandosi il marito, o quando è assente od incapace, autorizzare la moglie ad esercitare la mercatura? No, se il marito presente e capace non annuisce. Per accordare alla moglie, contro la volontà formale del marito, un dritto che le proviene unicamente dalla volontà di costui, è manifesto che sarebbe necessaria una legge speciale che ciò permettesse, la quale, a dir il vero, non esiste. Ma se il marito è incapace od assente, noi siam di parere che il tribunale, secondo le congiunture, può da-

(1) Questi articoli furono soppressi nelle nostre leggi civili. (Nota del traduttore.)

re l'autorizzazione. Se, per esempio, il commercio della moglie è l'unico mezzo onde vivere lei ed i suoi figliuoli, e forse lo stesso marito; se si ravvisa che questi, presente e capace, non avrebbe alcuna ragione a negarle il consenso, i tribunali potranno concederle l'autorizzazione, la quale non è in questa ipotesi una contraddizione, ma al contrario una sostituzione alla volontà, presunta conforme, del marito.

II. — La moglie mercantessa, dice il nostro articolo, obbliga anche suo marito, quando avvi comunione tra loro. In effetti, allorché la moglie commerciante è in comunione di beni, tutto il guadagno che ella potrà ritrarre appartiene alla comunione cui ella del pari dedica la sua vita laboriosa; quindi reciprocamente questa comunione è tenuta a tutte le obbligazioni che la mercantessa potrà contrarre; e siccome il marito, capo supremo della comunione, e senza il consenso del quale la moglie non poteva esercitare la mercatura, è tenuto personalmente e sopra i suoi propri beni ai debiti della comunione, ne segue che tutte le obbligazioni che dalla moglie si contraggono nella specie di cui favelliamo, sono altresì contratte dal marito. Ond'è che i creditori della moglie possono agire e contro i beni propri di lei, e contro quelli della comunione, e contro quelli pertinenti al marito. Ed affinché questo potesse aver luogo, non è necessario che i coniugi si sieno maritati sotto il regime della comunione legale; basta una semplice comunione limitata ai soli acquisti per ottenersi questo risultato, poichè tutto il guadagno che può ricavarsi dall'industria della moglie appartiene a quest'ultima specie di comunione (art. 1498 [1391]).

Il marito sarebbe egualmente tenuto ai debiti della moglie, allorché avvi tra essi esclusione di comunione ovvero regime dotale senza beni parafernali? Delvincourt e Duranton (II-480) rispondono affermativamente, adducendo per ragione che in entrambi i casi il marito è l'usufruttuario de' beni della moglie (art. 1530, 1533, 1539), e che per conseguenza a lui spettano gli utili che quella ricaverà dal suo commercio. Noi pensiamo che questo sia un errore; imperciocchè gli utili che la moglie realizza, mercè la sua industria, non derivano da' suoi beni, e perciò non appartengono all'usufruttuario de' medesimi. E mestieri attenersi al testo della legge, il quale dichiara nel nostro articolo e nell'art. 5 [9] del Codice di commercio, che la moglie mercantessa obbliga suo marito solamente quando vi è comunione. Di più, questo è vero allorché la moglie esercita la mercatura in forza del consenso del marito, come si suppone dal nostro articolo; mentre se attesa l'assen-

za o la incapacità del medesimo, fosse stata autorizzata dal giudice ad esercitarla, in questa ipotesi, ella sola sarebbe tenuta alle sue obbligazioni, quand'anco vi fosse comunione; ed i creditori non potrebbero agire nè su i beni della comunione, nè su quelli del marito, perchè questi non ha prestato il suo assentimento.

Del resto, quando il marito è in tal modo obbligato per effetto di contratti di sua moglie, egli per quel che riguarda al loro adempimento non è soggetto ad arresto personale, poichè non esercita il commercio, nè la sua obbligazione ha nulla di commerciale. Ciò fu discusso nel Consiglio di Stato, e Tronchet con ragione disse « che l'atto il quale dà luogo all'arresto personale colpisce solamente la persona che lo firma » (Fenet, t. IX, p. 77).

III. — Un punto assai controverso tra gli scrittori si è quello di sapere se l'obbligazione contratta dalla moglie mercantessa, senza che nell'atto si sia espressa la causa, debbasi reputare che abbia avuto luogo per motivo di commercio. Di leggieri si comprende l'importanza della questione. Se si presume la commerciabilità dell'atto, spetterà alla moglie che ne domanda l'annullamento di provare che quello non abbia avuto luogo pel suo commercio: se poi si ammette la presunzione contraria, spetterà al terzo che ha contratto con la donna maritata, di provare che l'atto era relativo al traffico di costei. Da chi dunque dovrà esser fatta la prova? La decisione, secondo noi, dipende dalle circostanze dell'atto, dalla forma secondo la quale l'obbligo fu stipulato. E però, quando l'atto è stato rogato avanti notaio, siccome non è questo il modo onde il più sovente si fanno gli atti commerciali, per i quali è uopo maggiore celerità, ed in quelli stipulati da notai avendosi il tempo a ben ponderare le cose ed a prendere le opportune precauzioni, così bisognerà attenersi alle presunzioni contrarie al terzo e mettere a suo carico la prova della commerciabilità del contratto. Ma, se si tratta di una cambiale, di uno di quegli atti sottoscritti con quella rapidità richiesta ordinariamente dal commercio, si dovrà decidere contra la donna maritata, finchè questa non somministri la prova che l'atto non sia commerciale (art. 638 [617] del Codice di commercio).

Del rimanente, ritenutosi che l'atto abbia avuto luogo pel commercio della donna maritata, sia per la presunzione di commerciabilità non distrutta da lei, sia per la prova somministrata dal terzo, sia infine per la onnunciata che l'atto contiene, la validità del medesimo non dipenderà per nulla dall'uso commerciale de' fondi che ella ha acquistati,

sia per prestito, sia per alienazione. Il terzo che ha contrattato con la donna maritata non può essere tenuto ad invigilare la condotta di lei, perciocchè, ove simili esigenze si richiedessero, il commercio si renderebbe impossibile. La donna maritata, regolarmente autorizzata ad esercitare la mercatura, gode una piena capacità per tuttociò che riguarda il suo commercio; or, l'atto si è riconosciuto commerciale; dunque non può essere rescisso, come nol potrebbero essere tutti quelli che hanno luogo tra persone capaci.

IV. — Secondo l'ultimo comma del nostro articolo, la donna maritata non è più pubblica mercantessa allorchè vende a minuto le mercanzie del traffico di suo marito. In questo caso, in fatti, il commercio non è esercitato dalla moglie, ma dal marito, di cui ella non è che una semplice mandataria. Tutte le fiato che la moglie non ha lo stabilimento di commercio nel proprio nome, si reputa che venda e compra per conto del marito che ne è il capo; sicchè tutte le obbligazioni, nascenti da operazioni commerciali da lei eseguite, sono contratte dal solo marito, senza che ella, non altrimenti che un commesso del medesimo, ne assumesse alcuna garanzia. Per conseguente, in questa ipotesi, sarebbe cosa vana il ricercare sotto qual regime i coniugi si siano maritati.

*** [210]. — Allorchè il marito è condannato ad una pena afflittiva o infamante, quantunque in contumacia, la donna, anche di età maggiore, non può, mentre dura la pena, stare in giudizio, nè fare contratti, senza averne impetrata l'autorizzazione dal giudice, il quale può, in questo caso, accordarla, benchè il marito non sia stato sentito o chiamato (1).

I. — Il marito, per varii motivi, può trovarsi nell'impossibilità, sia fisica, sia legale, di

autorizzare sua moglie, la quale, ciò avvenendo, può impetrare l'autorizzazione del giudice. La legge applica questa regola, 1.º al caso di condanna del marito ad una pena criminale (art. 6, 7 ed 8 Cod. pen. (2)); 2.º al caso d'interdizione o di assenza (art. 222 [211]); 3.º al caso di minorità (art. 224 [213]); 4.º al caso di azione di separazione personale o di beni (art. 865 ed 878 [943] e 956) Cod. di pr. civ.)

Delvincourt insegna che l'incapacità del marito ad autorizzare sua moglie, in conseguenza di condanna ad una pena infamante, esiste, non solamente infino a che questa dura, ma anche fintantochè non sieno cessati i suoi effetti, vale a dire la degradazione civile (3) (art. 28 del cod. pen.) la quale continua infino alla morte del marito, eccetto il caso rarissimo di riabilitazione (art. 633, [623] Cod. d'instr. crim.) E questo un errore. Sarebbe vero quel che dice Delvincourt, se la degradazione civile traesse seco la perdita del dritto della potestà maritale; or essa non produce per nulla quest'effetto, come ne è pruova l'art. 31 del Cod. penale, il quale enumera i dritti che si perdono in tal caso, senza menomamente parlare di quelli del marito sopra sua moglie. E però, giusta la disposizione del nostro articolo, il marito colpito da una pena infamante è incapace ad autorizzare sua moglie soltanto durante il corso di questa pena.

*** [211]. — Se il marito è interdetto o assente, il giudice, può, presa conoscenza della causa, autorizzare la moglie, tanto a stare in giudizio, quanto a fare contratti.

I. — Qui trattasi dell'assenza propriamente detta e non della semplice non presenza. L'art. 863 [941] del Codice di procedura, il quale, con l'art. 864 [932], regola il modo

(4) Le disposizioni contenute nell'articolo 210 delle nostre leggi civili, ereditiamo non poter appo noi trovare applicazione, leggendo nel secondo comma dell'articolo primo delle leggi penali *NESUNA PENA ESSERE INFAMANTE*. Il legislatore francese poteva benissimo parlare di pene infamanti: ma non il nostro che, a sua differenza, guidato da principi di umanità e di religione ortodossa, bandiva dalla legislazione penale queste pene che degradano anzichè emendano l'umanità. Né meno inutili e senza significato, ripuliamo le altre espressioni di *pena afflittiva*, quando nel medesimo articolo primo delle dette leggi penali è scritto essere le pene *tutte o criminali, o correctionali o di polizia*, senza rinvenir disposizione in quale dichiarare afflittiva alcuna di queste pene: e ciò con ragione, dappoichè non vi è pena che non sia tale, nè la pena di polizia, sol perchè leggerissima a fronte della criminale, cessa di esser afflittiva. I

redattori delle nostre leggi civili non posero mente, sia in questo luogo, che in altri, alle leggi penali, in cui il legislatore aboliva anche le denominazioni della vecchia barbarie, e quindi si fecero ad adottare le disposizioni del Codice francese. Laonde siamo d'avviso che presso noi era bastevole la disposizione dell'articolo 211, la quale abbraccia anche la interdizione che nasce dalla pena dei ferri e della reclusione (art. 47 li. pp.) giusta la disposizione dell'art. 45 delle leggi penali. (Nota del traduttore.)

(2) Questi articoli che parlano delle pene afflittive ed infamanti non trovano rispondenza nelle nostre leggi penali. (Nota del traduttore.)

(3) La degradazione civile di cui discorre qui l'autore risponde alla interdizione da pubblici uffici prevista dall'articolo 44 delle leggi penali. (Nota del traduttore.)

onde applicarsi il nostro articolo, ci dichiara che trattasi dell'assenza presunta o dichiarata del marito. È vero che nella discussione di quest'art. 222 [211] sembrò che alcuni membri del Consiglio di Stato lo intendeano nel senso della non presenza; ma quand' anche fosse stato scritto e votato in questo senso, quel che se ne potrebbe concludere sarebbe che l'art. 863 [341] di procedura venne a derogarlo. La moglie adunque, nel caso della semplice non presenza, dovrà o attendere il ritorno del marito, ovvero dimandargli per lettere l'autorizzazione.

223 [212]. — Ogni autorizzazione data in generale, ancorchè stipulata nel contratto di matrimonio, non può essere valida, se non relativamente all'amministrazione de' beni della moglie.

N. B. Questa disposizione non è che una conseguenza dell'art. 6 e 1388 [7 e 1312].

224 [215]. — Se il marito è in età minore, l'autorizzazione del giudice è necessaria alla moglie, tanto per stare in giudizio, quanto per fare contratti.

SOMMARIO.

- I. È prudente che il marito minore sia chiamato ufficialmente dal tribunale.
- II. Osservazioni sul fondamento dell'autorizzazione maritale. — Conclusione.
- III. Quod, se la moglie è minore?

I. — Qui non si tratta, egli è chiaro, di un marito minore riguardo al matrimonio, ma di un marito minore ordinario di ventun anno.

È prudente che il tribunale, pria di autorizzare la moglie, si faccia informare dal marito minore sull'affare pel quale è richiesta l'autorizzazione; un giovine di diciannove o vent'anni è in istato di sporre ai giudici savie riflessioni. Ma gli schiarimenti che gli si dimanderanno saranno meno ufficiali che officiosi, e trascurandosi di chiederli non si violerà la legge. La moglie non sarà neppur qui tenuta ad uniformarsi alle regole dettate dall'art. 861 del C. di proced., essendochè ella non dimanda al giudice l'autorizzazione pel motivo che il marito gliela rifiuta, ma perchè questi non può dargliela.

II. — Gli autori, sì antichi che moderni, sono oltremodo discordi sul fondamento dell'autorizzazione maritale, vale a dire su le cause che fanno dichiarare la donna maritata incapace ad esercitare gli atti civili senza l'assistenza di suo marito.

Alcuni pretendono che la incapacità della donna maritata si fosse stabilita *propter fra-*

gilitatem sexus, come quella de' minori *propter fragilitatem aetatis*: in guisa che, in questi due casi, sarebbe la inabilità naturale della persona, la sua *imperitia* che motiverebbe la sua incapacità legale. Or questa idea è inammessibile. Essa era vera nel dritto romano primitivo, ove la donna era affetta da una incapacità perpetua, che la faceva rimanere in tutela durante tutta la sua vita; di modo che la tutela definivasi allora, una istituzione organizzata ad *tuumdum eum eamve qui propter aetatem vel sexum se defendere nequit*. Ma presso noi, in cui le nubili e le vedove hanno la stessa capacità degli uomini, in cui la stessa donna attualmente maritata può esser tutrice de' suoi figli del primo letto (art. 396 [318]) e divenire tutrice del suo proprio marito interdetto (art. 507 [430]), questo principio sarebbe d'una falsità che si toccherebbe con mano. Ond'è che la sola forza della rotina può spiegarci perchè oggidì si abbiano a ricercare in accuse, non pure poco conveneroli e logiche, che frivole e leggieri, le cause che hanno spinto il legislatore a proclamare l'incapacità accidentale della donna maritata.

Altri autori, massime Delvincourt, rigettando come noi questa idea, insegnano che l'autorizzazione è richiesta *unicamente* come segno di sommissione della donna maritata, come conseguenza del rispetto dovuto al marito, e che perciò la di lei incapacità è stabilita esclusivamente nell'interesse morale di costui. Questa teoria, che molto più dell'antecedente si accosta al vero, è non pertanto inesatta per la sua limitazione; sembra esser stata quella del nostro antico dritto francese, ma non è certamente quella del Codice civile. Il che particolarmente è dimostrato dal nostro articolo e dal seguente, ed in seguito dagli art. 1124 e 1125 [1075 e 1079].

Infatti, se l'autorizzazione maritale fosse richiesta quale segno di rispetto e di sommissione della moglie verso suo marito, senza che la legge avesse la menoma idea d'interesse pecuniario o di timore di lesione, importerebbe ben poco che il marito fosse minore o maggiore; perciocchè colui che per la sua età si reputa capace ad ottenere la qualità di coniugo, lo è maggiormente per ricevere i segni di deferenza che, a questo titolo, gli si danno. Anche la nostra antica giurisprudenza ammetteva come sufficiente l'autorizzazione accordata da un marito minore (Pothier, *Potestà del marito*, 29, 30, 31). Il Codice civile, al contrario, dichiara nel nostro articolo che l'incapacità della moglie, secondo che esso la intende, non si rimuove coll'autorizzazione del marito minore. Per la legge dunque non si tratta punto d'una mera questione di rispetto; la don-

na, attesa la sua qualità di moglie, vede diminuirsi realmente la sua capacità personale, la quale dev'essersi supplita e compiuta da quella del marito. Ond'è, nè può esservi dubbio, che se il marito, quantunque suscettivo di comprendere e compiacersi d'un segno di rispetto, sia poi incapace in quanto agli atti civili, la sua autorizzazione non può asseguire lo scopo della legge. — Oltracciò, se la necessità dell'autorizzazione fosse imposta unicamente nell'interesse morale del marito, l'annullamento dell'atto, fatto senza autorizzazione, dovrebbe dimandare dall'unico interessato, il marito, e non dalla moglie. Or, l'art. 225 [214] dichiara che l'annullamento può essere altresì dimandato dalla moglie, della quale favella come principale interessata. — Finalmente gli articoli 1124, 1125 e 1304 [1078, 1079 e 1258] riproducono queste medesime idee e danno compimento alla dimostrazione, non facendo alcuna distinzione tra le tre nullità: 1.° del minore, 2.° dell'interdetto, 3.° della donna maritata, perchè sono relative agli interessi pecuniari; e stabiliscono che tutte e tre rendono l'atto non già radicalmente nullo per sempre e per ogni sorta di persona, ma annullabile durante dieci anni ed a vantaggio degli interessati: il minore, l'interdetto e la donna maritata.

Sicchè la necessità dell'autorizzazione non è fondata sulla debolezza o leggerezza della moglie, ma neppure unicamente sul rispetto dovuto al marito.

Ecco, qual è, secondo noi, il pensiero del Codice su questo punto.

La moglie, mercè il suo matrimonio e finchè esso dura, trovasi, rispetto ai suoi beni ed alla sua persona, affidata alla custodia del marito, che ella sceglie a suo protettore. È naturale quindi che ella, quantunque in sostanza conservi la sua capacità, la sua intelligenza, l'intero animi *judicium* che aveva, si brighi meno de' suoi affari, mediti meno i suoi progetti, sul riflesso che avvii chi meglio di lei e con più senno se ne occupa. È naturale che ella divenga un istrumento passivo nelle mani e sotto la direzione del marito, tanto più che continuamente ogni suo pensiero è rivolto all'educazione de' figli, alle cure della famiglia, ed a mille altre faccende domestiche da cui è gravata; mentre il marito, precisamente pel suo matrimonio esonerato da quelle faccende cui il suo celibato l'obbligava, trovasi nelle condizioni più favorevoli ad amministrare il patrimonio della famiglia. La donna maritata adunque, conservando in sostanza la sua piena capacità, ed in modo da usarne anche al bisogno, la vede intorpidirsi e dileguarsi secondo la forza delle circostanze, e ne' casi generali ed ordinari ella non differisce punto da un mino-

renne, forzatamente per così dire rinunziando alla sua capacità. Ella ha bisogno dell'assistenza del marito non solo perchè è dichiarata incapace, ma anche perchè è tenuta a rispettarlo. Sicchè quando il marito è minore, siccome la sua minorità probabilmente non permetterebbe alla moglie di affidarsi totalmente a lui, e di consacrarsi esclusivamente alle sue domestiche cure, facendo assegnamento sull'attività ed intelligenza del protettore che si ha scelto, così la legge, considerandoli in questa ipotesi quali due ciechi di cui l'uno all'altro si appoggia, dichiara che l'autorizzazione del marito, la quale sarebbe bastevole pel rispetto dovutogli dalla moglie, non lo è a causa della incapacità di costei, e che perciò richiede l'autorizzazione del tribunale. Ma avvii una circostanza straordinaria, una circostanza nella quale la moglie è impossibilitata a far capitale sul marito (ad esempio, se costui è assente o interdetto, o se ella stessa è la sua avversaria), allora la piena capacità che s'era in lei intorpidita, forzatamente acquista l'intero vigore, e l'autorizzazione non è che una mera questione di rispetto.

De' tre casi da noi citati, 1.° l'interdizione del marito, 2.° la sua assenza, 3.° la contrarietà de' suoi interessi con quelli della moglie, ve ne ha due in cui si fa la nostra teoria come quella del tutto contraria de' nostri avversari che stabilisce l'incapacità assoluta della donna maritata, producono gli stessi risultati. In effetti, quando il marito è interdetto o assente, monta ben poco che l'autorizzazione del tribunale sia necessaria per il solo motivo del rispetto dovuto dalla moglie, o per quello della incapacità di costei; perciocchè in ambedue i sistemi è sempre richiesta l'autorizzazione giudiziaria; e su ciò la legge è categorica (art. 222 [211]). Ma nel terzo caso, la nostra teoria dà luogo a conseguenze importanti, ed offre la soluzione di una questione oltremodo controversa tra gli scrittori. In fatti, se la moglie, abbenchè abbia suo marito per avversario, e sieno opposti i loro interessi, ciò nonostante rimane incapace; siccome non si può difendere, nè proteggere chicchessia contro sè stesso, essendo assurdo, impossibile che io mi occupi a preservare un individuo dagli attacchi che io stesso gli dirigo, « *nemo potest auctor esse in rem suam* », ne segue che l'autorizzazione del marito sarebbe una derisione, e la legge dovrebbe per necessità richiedere quella del magistrato. Al contrario, secondo la nostra teoria, la capacità della moglie acquistando l'intera sua efficacia quando è impossibile a poter contare sul marito, l'autorizzazione di cui ella ha bisogno si limita qui ad una questione di deferenza, e sarà valida-

mente data dal marito; in guisachè il solo fatto che costui contratta con sua moglie sarà sufficiente per autorizzarla, ed inutile l'intervento del giudice.

Eh bene, questa teoria, che deriva dalla natura stessa delle cose, è evidentemente quella del Codice; perciocchè l'autorizzazione giudiziaria, la quale nel sistema contrario dovrebbe qui imperiosamente richiedere dalla legge, non lo è affatto, e non vi ha disposizione che vi faccia allusione. Nè nel nostro capitolo, in cui la legge con tanta cura prevede i casi d'interdizione, di assenza, e di minore età del marito; nè nelle numerose disposizioni del titolo del *Contratto di matrimonio*, nè in alcun' altra parte del Codice, la legge favella d'autorizzazione giudiziaria quando il marito è presente e capace; e non vi ha luogo in cui si rinvenga una parola, la quale faccia supporre l'invalidità del marito ad autorizzare sua moglie, sol perchè l'affare lo riguarda. La legge anzi pruova il contrario, soprattutto nell'art. 1595 [1440], in cui, dopo di aver dichiarato per massima che il contratto di vendita è vietato tra i coniugi, non pertanto lo permetto in tre casi, senza richiedere per parte della moglie autorizzazione alcuna, e nell'art. 1431 [1402], nel quale la legge ammette la validità dell'obbligazione contratta da una donna maritata col concorso del marito per un affare riguardante costui.

Sicchè, la necessità dell'autorizzazione maritale si fonda su due cause simultanee, di cui l'una, il rispetto dovuto al marito, esiste sempre, mentrechè l'altra, l'invalidità puramente accidentale della moglie, cessa d'esistere in alcune circostanze. Con questa teoria tutto si spiega e tutto si coordina nella legge; e rigettandola la chiarezza si dilegua con essa. L'asserire che il Codice prende per principio la fragilità del sesso, è cadere nell'assurdo, dappoichè in questo caso l'incapacità dovrebbe estendersi alle nubili ed allo vedove, dire che esso prende in considerazione unicamente il rispetto dovuto al marito, è rendere incomprensibili il nostro articolo 224 [213] e gli articoli 1121, 1123, 1304, 1431, 1595, ecc. [1078, 1079, 1258, 1402, 1440 cc.].

III. — Il Codice, occupandosi nel nostro articolo del caso in cui il marito è minore, suppone però che la moglie fosse maggiore. Ma se questa fosse minorenni, quali regole bisognerebbe seguire? La moglie minorenni trovasi di pieno dritto emancipata per effetto del suo matrimonio (art. 476 [399]), ed è naturale e conforme allo spirito della legge che abbia per curatore legale il marito, cui la legge la sommette. Sicchè ella potrà stipulare i suoi atti con l'assistenza del marito maggiore, salvo delibe-

razione del consiglio di famiglia ed omologazione del tribunale ne' casi in cui è necessaria (art. 482, 483, 484 [405, 406, 407]). Se poi il marito è anch'egli minore, o interdetto, o assente, o colpito da pena infamante, ovvero si rifiuti ad autorizzare sua moglie, in quest' caso le necessità in primo luogo l'autorizzazione giudiziaria a causa della sua qualità di donna maritata, e secondariamente, per la sua minorità, l'assistenza di un tutore *ad hoc* nominato dal tribunale.

Noi rinveniamo l'applicazione di sì fatti principii nell'articolo 2208 [2109] comma 2 o 3. Ivi si parla della spropriazione degli immobili di una donna maritata, e la legge ferma una disposizione, la quale presenta queste quattro proposizioni: 1.° Se la moglie è maggiorenne, l'assistenza di suo marito maggiore è sufficiente (comma 2); 2.° se il marito ricusa di assisterla, ovvero sia minore (o interdetto, o assente, o colpito da una pena infamante), la moglie può essere autorizzata dal tribunale (*ibid.*); 3.° Se la moglie è minorenni, l'assistenza del marito maggiore è sufficiente (comma 3); 4.° finalmente, se la moglie è minorenni, ed il marito anch'egli minore si ricusa di assisterla (o nol può), il tribunale deve nominarle un tutore (*ibid.*).

Del rimanente facciamo notare che quando la moglie è minorenni, gli atti che secondo l'art. 481 [404] l'emancipato può fare senza il suo curatore, non si possono da lei effettuare senza l'assistenza del suo consorte, considerato, non come curatore, ma come marito, ed a causa, non della minore età di lei, ma della sua qualità di donna maritata. Notiamo eziandio che, quando il marito autorizzerà sua moglie da minorenni, e colla divisa di suo curatore, l'autorizzazione non sarà valida che per gli atti stipulati co' terzi, e non per quelli che potesse stipulare con lui. In questa ipotesi, in fatti, la moglie è veramente incapace, ed è il caso di applicarle la regola: *Nemo potest auctor esse in rem suam*, ed oltre dell'autorizzazione del marito, è mestieri assegnare alla moglie un tutore *ad hoc*.

225 [214]. — La nullità appoggiata alla mancanza di autorizzazione non può opporsi che dal marito, dalla moglie, o da loro credi.

SOMMARIO.

- I. L'atto mancante d'autorizzazione essendo annullabile, può sempre del marito ratificarsi posteriormente. — Effetti differenti della ratificazione del marito o della moglie, a seconda del tempo in cui ha luogo.
- II. Qual, se nell'atto sprovveduto d'autorizzazione la donna maritata ha dichiarato d'aver marito?
- III. Il debito d'impegnare l'atto annullabile si trasferisce agli eredi ed ai creditori del marito, nonché a quelli della moglie.

I. — Nella più parte delle antiche consuetudini l'atto stipulato dalla moglie senza l'autorizzazione del marito era radicalmente nullo, in guisa che nè l'assenso posteriore del marito, nè la ratifica della moglie divenuta vedova poteva renderlo valido (Pothier, *Potest. del marito*, num. 5 e 74). Oggidì, giusta l'articolo in disamina e l'art. 1125 [1079], l'atto non è ebe annullabile, e l'annullamento può esser soltanto richiesto dalla moglie, dal marito o da' loro rappresentanti; nè potrebbero dimandarlo coloro od i rappresentanti di coloro che hanno con lei contrattato. L'azione di annullamento si prescrive dopo dieci anni dallo scioglimento del matrimonio (art. 1304 [1258]).

Giacchè sotto il Codice l'atto non è che annullabile, può esso dunque essere in seguito ratificato, sia dal marito insieme con la moglie, sia dalla moglie soltanto divenuta vedova, sia dal marito solo durante il matrimonio. Quest'ultima idea, che il marito, durante il matrimonio, possa anche senza il concorso di sua moglie, confermare, mercè il suo consenso posteriore, l'atto non autorizzato dapprima, questa idea, diciamo, ci sembra evidente, e non comprendiamo perchè sia stata rigettata da un gran numero di arresti e di autori, quando nell'antico dritto la si vedeva ammessa senza contestazione da quelle stesse consuetudini le quali non consideravano affatto l'autorizzazione come forma sostanziale dell'atto. Ed in fatti, l'atto non autorizzato non essendo nullo, ma soltanto annullabile e vizioso, sussiste dunque finchè non è casato; perciò il consenso posteriore del marito si versa su di un atto reale, si unisce al consenso non revocato, non annullato dalla moglie; vi ha quindi conformità nelle due volontà della moglie e del marito, e l'atto, per conseguente, riunisce da quest'istante le condizioni richieste per la sua validità; il vizio è rimosso (1).

La precipua ragione sulla quale si poggia l'opinione contraria è tolta dalle circostanze storiche della redazione del nostro capitolo. Or, per l'opposto, queste circostanze sono favorevoli alla nostra decisione.

Quando l'art. 217 (206) fu presentato per la prima volta all'assemblea generale del consiglio di Stato, conteneva un secondo comma, in cui si leggeva: « Il consenso del marito, quantunque posteriore all'atto, è sufficiente a convalidarlo. » In tal modo consacravasi senza dubbio, nel nuovo sistema,

il principio che l'atto non era più nullo, ma soltanto annullabile; nè vi fu alcuno il quale criticò questa disposizione. Il solo primo comma, che richiedeva l'autorizzazione per le alienazioni, senza parlare degli acquisti non provenienti da successioni, fu discusso e eriticato, massime da Regnault, il quale voleva che fosse stato vietato alla donna maritata ogni specie d'acquisto. Questa idea fu ammessa, e l'articolo fu adottato con l'emenda di Regnault (Fenet, pag. 74, 75 e 76). Per la qual cosa, la sezione di legislazione dovette occuparsi di dare una novella redazione all'articolo, nella quale il secondo comma non trovando luogo, i nostri avversari ne conchiudono che l'idea fu rigettata. Questa loro conclusione ci sembra strana. L'idea fu rigettata! Ma perchè e soprattutto da chi? Apparentemente dalla Sezione di legislazione, la quale toglieva a bello studio questo secondo comma per far cadere il principio. Ma ciò neppur s'immagini; imperciocchè l'idea, che era addivenuta quella dell'intero consiglio, era stata proposta dalla Sezione la quale l'aveva scritta nell'articolo per presentarla all'assemblea generale. E la Sezione poteva rigettare la sua propria dottrina che era stata già abbracciata dall'intero consiglio, e che ella stessa proponeva all'assemblea generale dalla quale realmente fu accettata ad unanimità! È chiaro al contrario, che se la Sezione, nella sua redazione novella, serbò silenzio su questo punto, fu perchè questo sembrandole una conseguenza semplicissima dei principii, essendo stato adottato come tale da tutti i membri dell'assemblea generale e senza dar luogo alla menoma osservazione, credette poco utile di scriverlo in termini formali, ed opinò che non sembrerebbe dubbioso a chicchessia.

Infatti questo pensiero della Sezione di legislazione trovasi indicato, come ci sembra, da una trasposizione che ella fe' subire alle ultime parole del primo comma, il quale nella prima redazione richiedeva il consenso per iscritto o il concorso del marito nell'atto. Nella seconda redazione, toglendone il secondo comma, essa invertì l'ordine delle due idee e disse che bisognava il concorso del marito nell'atto, o il suo consenso per iscritto. Ora, o un tale cambiamento è puerile e non ha significato, ovvero fu fatto allinechè l'articolo, ridotto ad un solo comma, avesse potuto comprendere il senso dell'altro che si toglieva. Da prima si richie-

(1) Conf. Pothier (*Potest. marit.*, n. 74), Lebrun (lib. 2, cap. 4 sez. 4), Delvincourt (I. I.), Vazeille (II-379), Zachariae (III, p. 544), Demante (Corso, I, n. 300 bis, VIII) Dauvergier (su Toullier); Biem, 23 gennaio 1809; Colmar, 28 novembre 1816; Dijon, 4 agosto 1818. — Contra:

Merlin (*Rep.* ved. Autorità maritale, sez. 6, §. 3). Toullier (II-618), Duranton (II-518), Benoît (I-224), Chardon (n. 145), Cubela (n. 135), Demolombe (IV-211), Rig., 12 febr. 1828; Cassazione (di un arresto di Parigi), 26 giugno 1839; Parigi, 23 febr. 1849 (Devill. 39, 4, 878; 49, 2, 145).

deve il consenso scritto o il concorso nell'atto, il che pareva indicare un consenso scritto esistente al momento dell'effettuazione dell'atto. Ciò allora era ben indifferente per la Sezione, poichè la validità del consenso scritto posteriormente all'atto era proclamata espressamente da un secondo comma; ma questo dovendosi depennare, ella stimò acconcio di allargare le parole in maniera da esprimere indistintamente un consenso anteriore o posteriore all'atto. E questo appunto è quel che fece ponendo le parole *concorso nell'atto* innanzi alle altre *consenso per iscritto*. Si fatta trasposizione non ha potuto avere altro scopo.

E però, il consenso dato dal marito posteriormente, ma durante il matrimonio, convalida l'atto non autorizzato dapprima, e distrugge l'azione di nullità, sia rispetto a lui, sia rispetto alla moglie. Se poi il consenso del marito interviene dopo sciolto il matrimonio, siccome in questo caso non vi ha più potestà maritale, non essendo il coniuge sopravvissuto più marito, perciò il suo consenso, non potendo più costituire un'autorizzazione maritale, renderebbe soltanto l'atto inattuabile per lui e per i suoi aventi causa, ma non produrrebbe alcuno effetto per gli eredi o per gli altri aventi causa della moglie.

Quanto alla ratificazione fatta dalla moglie soltanto, se ha luogo durante il matrimonio, essa non produce alcun effetto, sia rispetto al marito, sia rispetto a sè stessa, poichè la donna maritata non può fare nulla senza autorizzazione. Se poi avviene sciolto il matrimonio, siccome allora la donna maritata riprende l'assoluto dominio de' suoi dritti, l'atto è valido e per lei ed i suoi aventi causa, ma annullabile per gli aventi causa del marito. Lo stesso sarebbe, se ella avesse con autorizzazione del tribunale ratificato l'atto durante il matrimonio; imperciocchè, mediante questa autorizzazione, il consenso della donna maritata produce i suoi effetti, i quali però non possono aver luogo contro il marito, non avendovi egli punto assentito (art. 2426 [1397]).

II. — Che dovrà decidersi se in un atto privo d'autorizzazione maritale, la moglie avesse dichiarato di non essere coniugata? Si dovrà, ad onta della buona fede del terzo, annullarlo per difetto di autorizzazione? ... La legge prevede il caso nel quale trattasi di un minore. Se il minore fosse prossimo alla maggior età ed abbastanza intelligente per essere *doli capax*, ed avesse usati mezzi fraudolenti per ingannare il terzo, egli non potrebbe dimandare l'annullamento; poichè si ha in ciò un delitto che crea un'obbligazione contro la quale egli non può essere resti-

Marcadé T. I.

tuito in intero (art. 1310 [1264]); ma se si fosse limitato soltanto a dirsi maggiore, senza raggiunti tendenti ad ingarbugliare il terzo, questa semplice sua assertiva non impedirebbe l'annullamento dell'atto (art. 1307 [1261]).

Questa teoria è da Demolombe (IV, n° 327 e 328) applicata al caso di una donna maritata. ... Noi non sapremmo adottare la sua opinione, non iscorgendo analogia alcuna tra i due casi. Quando io sono in presenza di un minore, il solo aspetto della sua figura deve ingenerarmi de' dubbi sulla sua incapacità: posso perciò richiedergli l'atto di nascita, ed ove egli falso mol presentasse in appoggio della sua menzogna, non trattasi più di una semplice assertiva di maggiore età, ma di un delitto sulle cui conseguenze la sua minore età non potrebbe garantirlo. Se io mi sono contentato della sua assertiva, quando era sì naturale e sì facile dimandargli il suo atto di nascita, la colpa è da imputarsi a me solo. E chiaro adunque che in simili circostanze, e quando trattasi d'altra parte di un individuo che la sua stessa minore età, la sua stessa inesperienza gl'impedisce di calcolare le conseguenze della sua menzogna, giusta l'art. 1307 [1261] deesi permettere l'annullamento dell'atto. Ma se trattasi di una donna di trent'anni, io non posso divinare dal suo volto se ella è maritata, né posso richiederle un atto che constati che non sia legata in matrimonio; infine, ella dee comprendere benissimo la gravità della menzogna che profferisce nell'atto, la quale è un delitto di cui dee rispondere per argomento a *fortiori* dell'art. 1310 [1261]. L'annullamento quindi non devesi pronunziare. Altrimenti però sarebbe ove la scarsa intelligenza della donna od altre cause di scusa diminuassero la di lei colpeabilità, ed il terzo si fosse trovato nello stato di conoscere la di lei qualità di donna maritata; di guisa che a lui solo sarebbe imputabile la sua grave negligenza. ... Quanto all'arresto che ci si oppone da Demolombe (Cassaz., 15 novembre 1836: Devill. 36, 1, 909), esso non contraria la nostra dottrina, e noi lo approviamo pienamente; imperciocchè (da parte le altre ragioni), trattasi di una moglie la quale aveva zittito sulle sue qualità, né il terzo da parte sua gliene avea fatta domanda, mentre noi supponiamo una moglie che si attribuisce una falsa qualità, e si obbliga per effetto del suo mentire.

III. Abbiamo osservato, sotto l'articolo precedente, che la regola dell'autorizzazione maritale non è solo una questione di rispetto pel marito, ma eziandio e simultaneamente una questione di capacità personale, relativa agli interessi pecuniari. Or, l'interesse pecuniario che esisterà sempre, e che successi-

vamente si conoscerà appartenere alla moglie od ai suoi rappresentanti, può esistere anche pel marito e per i suoi aventi dritto. E però, se una moglie in comunione rinunziasse senza autorizzazione ad una successione la quale accrescerebbe la comunione di considerevoli beni mobiliari (art. 1401 (1)); egli è chiaro, che il marito, o, dopo la sua morte, i suoi eredi, avranno un interesse pecuniario a far annullare la rinunzia, affine d'impinguare la comunione alla cui metà hanno dritto. L'azione di nullità adunque può avere per causa, ora un interesse morale, ora un interesse pecuniario. Trattandosi d'interesse morale, l'azione appartiene al marito, la cui autorità fu messa in non cale, ma solo durante il matrimonio, poichè collo sciogliersi di questo cessa l'autorità. Quando al contrario si tratta d'interessi pecuniari, l'azione si appartiene alla moglie, al marito ed a tutti i loro eredi od aventi causa. Senza dubbio alcuni scrittori, non avendo scorto l'interesse pecuniario che può, in questa ipotesi, esistere pel marito e pe' suoi rappresentanti, hanno insegnato non potersi l'azione giammai trasferire agli eredi del marito, ma soltanto a quelli della moglie. Del resto, il nostro articolo dà una mentita formale a questa dottrina, accordando l'azione alla moglie, al marito ed ai loro eredi.

L'azione fondata sull'interesse pecuniario si appartiene non pure agli eredi, ma anche ai creditori; atteso che i beni del debitore formano la garanzia de' suoi creditori (art. 2093 (1963)), e le azioni pecuniarie sendo in realtà beni, possono perciò essere promosse dai creditori di colui cui si appartengono, giusta l'art. 1166 (1119). Quest'articolo con ragione ne eccettua le azioni esclusivamente inerenti alla persona, come sarebbero un'azione di separazione personale, di separazioni di beni, o, nella materia di cui favelliamo, l'azione appartenente al marito per essersi disprezzata la sua autorità. Ma quando l'azione è puramente pecuniaria, è chiaro non potersi essa comprendere da quest'eccezione, e non sappiamo persuaderci come Toullier vi abbia potuto allogar quella di cui qui parliamo.

226 [245]. — La moglie può far testamento senza l'autorizzazione del marito.

I. — È manifesto che la moglie non abbisogna di autorizzazione per revocare il testamento già fatto. Del resto la disposizione del

(1) Articolo soppresso nelle nostre leggi. (N.T.)

(2) Il matrimonio appo noi non è sciolto se non dalla sola morte naturale e dall'autorità ecclesiastica per le cause indicate nella nota (3) pag. 268. La pena dell'ergastolo, che somiglia in gran parte

nostro articolo non è inutile; perciocchè altre fiate cravi qualche consuetudine la quale vietava alla moglie di testare senza l'autorizzazione del marito, specialmente la Consuetudine di Normandia, il cui articolo 417 diceva: « La donna maritata non può testare » di alcuna cosa, se non gliene è accordata » la permissione da suo marito, o non fu » così stabilito nel suo contratto di matrimonio. »

CAPITOLO VII.

DELLO SCIoglimento DEL MATRIMONIO.

227 [216]. — Il matrimonio si discioglie:

1. Per la morte di uno de' coniugi;
2. Pel divorzio legalmente pronunziato;
3. Per condanna definitiva di uno dei coniugi ad una pena producente la morte civile (2).

I. — Come è risaputo, essendo stato con la legge dell'8 maggio 1816 abolito il divorzio, al presente non esistono che due sole cause di scioglimento del matrimonio: la morte naturale e la civile.

II. — L'ultimo comma del nostro articolo è mal redatto: lo scioglimento del matrimonio non è prodotto dalla condanna, ma dalla morte civile, giusta quanto abbiamo osservato all'art. 25. Delvincourt, Vazeille (II - 528, 555) e Duranton (II - 521), abusando della redazione poco esatta di questo comma, gli danno un significato che non è certo quello della legge, e che darebbe esistenza ad una strana dottrina. In caso di contumacia, dicono costoro, la condanna non può dirsi definitiva se non quando il condannato non può più presentarsi per ottenere un nuovo giudizio; or questo, secondo l'art. 635 e 641 del Codice d'istruzione criminale, ha luogo dopo vent'anni dalla pronunziazione della decisione; dunque il matrimonio del condannato sarà disciolto dopo scorsi questi vent'anni. Un recente arresto si è lasciato predominare da questa dottrina (3).

Ond'essere conseguente con questa maniera d'interpretare l'articolo, sarebbe mestieri dire: In caso di sentenza contraddittoria, questa diviene definitiva dopo essere scorsi i tre giorni accordati per produrre ricorso in cassazione; dunque immediatamente dopo il decorrimiento di questi tre giorni rimane sciolto il matrimonio del condannato morte civile de' Francesi, non annulla il matrimonio preesistente. (Nota del traduttore.)

(3) Angers, 21 agosto 1840 (Devill., 40, II, 372). Un arresto di Douai del 3 agosto 1819 aveva giudicato il contrario.

dannato. Da ciò ne seguirebbe, che nelle condanne contraddittorie il matrimonio potrebbe essere sciolto due o tre mesi prima della morte civile (poichè questa ha luogo coll' esecuzione, cui può procedersi dopo molto tempo dalla pronunziazione dell' arresto (1)); laddove, nelle condanne in contumacia, le quali producono la morte civile dopo cinque anni dalla esecuzione in effigie, questo scioglimento si effettuerebbe quindici anni dopo la morte civile. Sicchè non sarebbe giammai la morte civile che produrrebbe lo scioglimento. Questa semplice riflessione è sufficiente per giudicare la dottrina di questi autori D'altra parte come mai costoro hanno potuto immaginare che i redattori del Codice intendevano sommettere il senso de' loro articoli alle disposizioni del codice d'istruzione criminale, quando questo non esisteva ancora neppure in progetto? E mestieri forse dire che i redattori hanno inteso riferirsi alle disposizioni intorno alla morte civile? Or, queste disposizioni sono chiarissime: Il matrimonio del condannato si scioglie colla morte civile (art. 25 com. 8), la quale s'incorre colla esecuzione nelle condanne rese in contraddittorio (art. 26), e coll'elaso di cinque anni dall'esecuzione in effigie, nelle condanne in contumacia (art. 27). Non è chiaro che fu per ricordare questi cinque anni di grazia, durante i quali la morte civile non ha luogo, che si tenne qui parola di condanne divenute definitive, le quali nel progetto e nella discussione del Consiglio di Stato erano messe in opposizione con le condanne contraddittorie?

Le parole *condanna divenuta definitiva* significano dunque condanna alta a produrre la morte civile; ed il nostro articolo nel complesso vuol dire che il matrimonio si scioglie con la morte di uno de' coniugi, sia naturale, sia civile (2).

CAPITOLO VIII.

DELLE SECONDE NOZZE.

*** [156].—La donna non può contrarre un secondo matrimonio se non sono tra-

scorsi dieci mesi dopo lo scioglimento dell'antecedente (3).

I. — L'impedimento messo da questo articolo ha principalmente per iscopo d'evitare la confusione del parto, *turbationem sanguinis*, e di prevenir l'incertezza, ove fosse necessario di determinarsi se al precedente marito o all'attuale dovesse attribuirsi la paternità del figlio nato ne' primi mesi del novello matrimonio. Ma non è questo il solo motivo; e si comprende che si farebbe un oltraggio alla morale ed allo decenza pubblica, se si permettesse alla donna di passare immediatamente ad un novello matrimonio dopo lo scioglimento del primo. Perlocchè il nostro articolo è redatto in un modo assoluto, e permette il matrimonio prima de' dieci mesi, nel solo caso in cui la donna si sgravasse dopo pochi giorni la morte del marito, dileguandosi per tal fatto ogni timore d'una confusione di parto.

I motivi della legge sendo gli stessi nel caso di un matrimonio dichiarato nullo, è evidente che il nostro articolo è parimente applicabile a questa ipotesi.

Del resto nel capitolo delle nullità si fatta circostanza non essendo annoverata tra le cause d'annullamento di matrimonio, ne segue che l'unione contratta dalla donna prima di scorrere i dieci mesi non può per questo motivo dichiararsi nulla, ed il divieto del nostro articolo non costituisce che un impedimento proibitivo.

II. — Se, nel fatto, la donna per somma negligenza dell'uffiziale dello stato civile, o ingannandolo, si fosse rimaritata dopo pochissimo tempo dallo scioglimento del matrimonio precedente, ed un figlio fosse nato prima di scorrere dieci mesi da questo scioglimento, a quale de' due coniugi debbesene attribuire la paternità? La legge, nell'art. 312 [231] 2.° comma, stabilisce come presunzione legale che la gravidanza della donna possa qualche fiata non giugnere che a cento ottanta giorni, ossia a sei mesi, e possa protrarsi qualche'altra fino a trecento giorni, ossia a dieci mesi. Ed è a causa di questa possibile gestazione di dieci mesi, che la legge qui richiede il suddetto elaso di tempo prima di

(1) In Francia la parola *arresto* è usata così per dinotare una decisione di gran corte di appello, come per denotare un arresto della Corte di Cassazione; il che loggera confusione, come il nostro autore ha marcato nel num. IV dell'art. 5, confusione che non ha luogo fra noi. Il nostro linguaggio forense chiama decisioni le scotenze delle Gran Corti Civili e Criminali, ed arresti i giudicati della suprema Corte. (Nota del trad.)

(2) Conf. Merlin (Repert. v. matr. sez. 3 §. 2), Desquiron (Morte civile, n. 430), Proudhon (l. pag. 477), Dalloz (v.° Matrim. pag. 456); Za-

chariae (III, pag. 347), Valette (su Proudhon), Richetot (l. 444) Lagrange (Esame crit., pag. 129), Demolombe (l. 231).

(3) Questo articolo nelle nostre leggi civili si legge sotto il capitolo I di questo titolo nel seguente modo: — « La vedova non potrà essere » ammessa a far la solenne promessa di matrimonio innanzi all'uffiziale dello stato civile, se non » dopo dieci mesi dalla morte del marito, qualora » in questo intervallo non abbia partorito. » — Vedi la nota (1) pag. 269. (Nota del traduttore.)

celebrarsi il secondo matrimonio (1). Eh bene che si deciderà, ove il figlio nascesse anzi i trecento giorni dallo scioglimento del primo matrimonio, ma dopo cento ottanta giorni dalla celebrazione del secondo?

La presunzione della legge, la regola dell'art. 312 (231), non potendo più menare ad alcun risulamento, perciocchè per essa il figlio si apparterrebbe contemporaneamente ai due mariti, bisognerà decidere nel fatto e secondo il parere degli ostetrici, se il figlio sia nato dopo una corta o lunga gestazione. Che se il secondo matrimonio avendo avuto luogo qualche giorno soltanto dopo lo scioglimento del primo, il figlio nascesse precisamente dopo un elasso tale, che fosse nel fatto impossibile attribuirlo piuttosto all'uno che all'altro de' mariti, in questo caso dovrebbero attribuire al secondo, 1.° perchè la premura dei novelli sposi a maritarsi deve far supporre che tra loro eravi un commercio, del quale oggi si son dati la premura di celar le conseguenze; 2.° perchè questo secondo marito è in colpa per essersi così maritato, in opposizione alle prescrizioni della legge.

RIASSUNTO DEL TITOLO QUINTO.

DEL MATRIMONIO.

I. — Il matrimonio elevato dalla Religione cristiana alla dignità di Sacramento, non è agli occhi della legge che un contratto civile con cui l'uomo e la donna si uniscono affine di perpetuare la loro specie ed aiutarsi a sostenere il peso della vita, dividendo fra loro una comune destinazione (2).

Vedremo successivamente ed in quattro capitoli:

1.° Quali condizioni si richiedono pel matrimonio, e qual effetto produce la mancanza di una di tali condizioni;

2.° Come si prova il matrimonio;

3.° Quali effetti produce;

4.° Infine per quali cause si scioglie.

CAPITOLO PRIMO.

CONDIZIONI RICHieste PEL MATRIMONIO; EFFETTO DELLA LORO MANCANZA.

II. — Le condizioni richieste pel matrimonio dividonsi in tre classi.

(1) Noi diciamo, che per la legge, 180 giorni formano sei mesi, e 300 giorni, dieci mesi. Infatti si sa, come il Codice fu promulgato sotto il calendario repubblicano, nel quale tutti i mesi erano di trenta giorni. Vedi la nota (1) pag. 312.

(2) Agli occhi delle nostre leggi civili il matrimonio non pure è reputato un contratto civile, che un sacramento, stabilendo espressamente l'art. 67 di dette leggi che si il matrimonio nel Regno delle Due Sicilie non si può legittimamente celebrare,

Le une, in numero di tre, sono essenziali alla formazione stessa del contratto; per guisa che una di esse mancando il matrimonio punto non esiste. Le seconde in numero di otto, son necessarie, non più all'esistenza, ma alla validità del contratto, cotalechè la loro mancanza non impedisce già che il matrimonio si formi; sibbene lo rende impossibile. Le altre infine non son indispensabili nè all'esistenza, nè alla validità del contratto: la loro mancanza è per fermo un ostacolo alla celebrazione dell'unione; mase nel fatto questa celebrazione, comechè proibita, ha tuttavolta avuto luogo, il matrimonio resta inoppugnabile.

Spiegheremo a parte a parte queste tre classi di condizioni in tre diverse sezioni; indi in una quarta ed ultima ci faremo ad esporre il dritto di opposizione che la legge accorda a certe persone, col fine precipuo di far conoscere all'uffiziale dello stato civile le cause che fanno ostacolo alla celebrazione.

SEZIONE PRIMA.

Condizioni necessarie all'esistenza stessa del matrimonio.

III. — Tre condizioni soltanto sono indispensabili alla formazione del matrimonio:

1.° la capacità ne' due contraenti d'esser marito e moglie, val dire la differenza del sesso;

2.° il loro consenso naturale e civile di prendersi reciprocamente per sposi;

3.° la celebrazione solenne della loro unione fatta da un uffiziale dello stato civile (3).

Diciamo esser mestieri del consenso naturale e civile de' contraenti. E varrà il vero, il morto civilmente e l'interdetto per demenza, tutt'ochè capaci, l'uno perpetuamente, l'altro ne' suoi lucidi intervalli, di dare un consenso di fatto, non possono ciò malgrado contrarre un matrimonio civile, perchè, legalmente, l'uno è presunto morto e l'altro sempre privo di ragione. Diciamo ciziano, consistere la terza condizione nella celebrazione dell'unione fatta da un uffiziale dello stato civile, quantunque non fosse quello specialmente designato dalla legge; dappoichè infatti non

che in faccia della Chiesa secondo le forme prescritte dal Concilio di Trento.

— Vedi la nota (1) pag. 265 e la nota (2) pag. 297. (Nota del traduttore.)

(3) Nel Regno delle Due Sicilie, oltre del'a solenne promessa innanzi all'uffiziale dello Stato civile, che in Francia costituisce la celebrazione solenne del matrimonio, vi è mestieri, onde questo possa avere esistenza anche della celebrazione innanzi al parroco. Vedi la nota (2) pag. 297. (N. T.)

l'incompetenza dell'uffiziale, ma sì la mancanza d'ogni uffiziale impedirebbe che il matrimonio esistesse.

In forza della mancanza d'una di queste tre condizioni, il matrimonio punto non si forma, e in tal caso non vi ha luogo a parlar di annullamento; mercecchè non si annulla ciò che è nullo, non si distrugge ciò che non esiste altrimenti. Per verità, è qui mestieri come in ogni specie di controversia, indirizzarsi a' tribunali; ma non è già perchè infrangano il matrimonio, è sibbene perchè proclamino che questo preteso matrimonio non ha mai avuto realtà legale (*Osserv. prelim. del c. 4.*)

SEZIONE SECONDA.

Condizioni necessarie alla validità del matrimonio — Impedimenti dirimenti — Domande di nullità.

IV. — Le condizioni richieste per la validità del matrimonio e la cui mancanza costituisce gli *impedimenti dirimenti*, perchè lasciando pur che il matrimonio si formi, permette che sia infranto (*dirimere*), sono in numero di otto. Leonde sonoci otto impedimenti dirimenti, e pertanto otto cause di domanda di nullità, o per dir meglio di annullamento. Esse sono:

1.° La mancanza di libertà nel consenso di uno de' coniugi;

2.° L'errore d'uno de' coniugi sulle qualità principali dell'altro;

3.° La mancanza di consenso delle persone da cui dipende un coniuge minore;

4.° L'impubertà de' coniugi o d'uno di essi;

5.° L'essere attualmente l'un de' coniugi legato da un matrimonio valido, non essendo assente l'altro coniuge;

6.° La parentela o l'affinità de' coniugi in grado proibito;

7.° La mancanza di pubblicità del matrimonio;

8.° Da ultimo l'incompetenza dell'uffiziale che ha proceduto alla celebrazione.

Tocchiamo brevemente di ciascuna di queste otto circostanze.

V. — 1.° La mancanza di libertà nel consenso può risultare sia da violenza, sia da seduzione; a' tribunali spetterà definire, a seconda delle circostanze, se le cause che han distrutta la libertà sien veramente immorali, e se la mancanza di libertà basti per annullare il matrimonio. Del rimanente non può il matrimonio venir impugnato per questa causa se non dal coniuge il cui consenso non sia stato sufficientemente libero; e l'azione, che neppur passerebbe nel suo erede e che scempra si estinguerrebbe con la sua morte, non

può più esser intentata da lui stesso, quando il vizio è coperto. Or questo vizio si copre per tre cause:

1.° Per una ratificazione formale data dal coniuge, dopo recuperata la libertà;

2.° Per una ratificazione tacita risultante da una coabitazione di sei mesi dopo il ricupero suddetto.

3.° Infine per la prescrizione, la quale si effettuerebbe col lasso di trent'anni a far tempo dal ricupero della libertà (art. 180 e 181).

In quanto alla mancanza di esso il consenso, abbiain veduto nella sezione precedente che sarebbe una causa d'inesistenza del matrimonio.

VI. — 2.° La seconda causa di nullità si è l'errore di un coniuge *sulla persona* dell'altro coniuge, ossia sulle qualità principali di questo coniuge. Essa segue le medesime regole della precedente.

Leonde: 1.° spetta al giudice decidere a seconda delle circostanze se l'errore sia grave tanto da pronunziare l'annullamento; 2.° l'azione è rigorosamente personale al coniuge indotto in errore; 3.° non potrebbe più intentarsi nè dopo formale ratificazione, nè dopo sei mesi di coabitazione, nè dopo il termine di trent'anni; purchè l'uno di questi tre avvenimenti siasi verificato posteriormente alla cessazione dell'errore.

Poco monta, ben si comprende, che l'errore sulle qualità del coniuge sia effettuato senz'alcuna sostituzione di persona, o mercecchè la sostituzione fatta ad una persona, cui il coniuge ingannato non conosceva altrimenti: il risultato è lo stesso ogni qualvolta l'errore non riflette che le qualità. Ma se, per impossibile, ci avesse sostituzione ad una persona che il coniuge ingannato conosceva, e conseguentemente errore sovrasso l'individuo, è chiaro che sarebbe questo un caso di non-consenso e pertanto una causa, non più di annullamento del matrimonio, ma d'inesistenza di questo (art. 180).

VII. — 3.° Un consenso all'infuori di quello dello sposo non si richiede pel matrimonio se non quando lo sposo è minore.

Sono minori per rispetto al matrimonio gli uomini e le donne che abbiano meno di ventun anno, ed altresì gli uomini che, avendo più di ventuno e meno di venticinque anni, hanno ancora degli ascendenti in istato di manifestare la lor volontà. Adunque l'uomo e la donna non possono fino a ventun anno maritarsi senza il consenso de'loro ascendenti o del loro consiglio di famiglia; e gli uomini fra i ventuno e i venticinque anni nol possono senza il consenso de'loro ascendenti.

VIII. — Il sistema della legge pel consenso da ottenersi dagli ascendenti si compone di

queste quattro regole: 1.° La presenza di un solo ascendente del primo grado in istato di manifestare la sua volontà impedisce che il dritto di consentire passi negli ascendenti superiori: così quando dopo la morte di mio padre, io ho mia madre e il mio avo paterno, mia madre soltanto esercita il dritto. Questa regola non s'applica punto al di là del primo grado (art. 148 a 150 [163 a 164]).

2.° Quando gli ascendenti del primo grado sono entrambi morti o fuori stato di consentire, il dritto passa simultaneamente nelle due linee, paterna e materna, ed appartiene all'ascendente più prossimo o agli ascendenti più prossimi di ciascuna linea. Se dunque io ho il mio avo paterno e i miei due bisavi materni, il dritto appartiene a questi ultimi del pari che al primo, tuttocchè questi sia di un grado più prossimo di essi.

3.° In qualunque grado si sia, due ascendenti coniugi contano per un solo, mercochè prevale la volontà del marito. La moglie per verità dev'essere consultata; ma questa consultazione, la cui mancanza sarebbe un impedimento legale alla celebrazione, come si vedrà nella sezione III, non è punto necessaria alla validità del matrimonio. Il matrimonio col consenso dell'ascendente, non consultata la costui moglie, non dovrebbe mica celebrarsi; ma, se pur fosse celebrato nel fatto, l'annullamento non sarebbe possibile (ivi).

4.° Infine per gli ascendenti al di là del primo grado, il consenso di una delle due linee soltanto è necessario alla validità del matrimonio; ed altrettanto dicasi in ciascuna linea pe' due rami di essa. Qui ancora la consultazione della seconda linea o del secondo ramo è richiesta dalla legge, ed in mancanza di essa non dovrebbe il matrimonio esser celebrato; ma, se tuttavia il fosse, non vi sarebbe altrimenti nullità (ivi).

IX.—Queste regole nel loro complesso sono unicamente relative a' figli legittimi. Perciocchè i figli naturali non possono agli occhi della legge aver altri ascendenti fuori del padre e della madre, che gli han legalmente riconosciuti, o contro i quali è intervenuta una dichiarazione giudiziaria di paternità o di maternità. Laonde non si può loro applicare di ciò che testè abbiain detto, se non quanto è relativo a' genitori. Quando il figlio naturale non ha nè padre nè madre legalmente congniti, non può maritarsi prima dei ventun anno, se non col consenso d'un tutore *ad hoc*, il quale gli vien nominato da un consiglio di famiglia composto di amici (art. 158 e 159 [172 e 173]).

X.—Sicchè può dirsi in un modo generale che l'una delle condizioni necessarie alla validità del matrimonio si è, pel coniuge minore,

il consenso della sua famiglia. In questo caso l'espressione *minore* rappresenta, secondo le circostanze, una persona di meno di ventun anno ovvero un giovane fra' ventuno e i venticinque; e la parola *famiglia* significa ora gli ascendenti legittimi di ogni grado, ora i genitori naturali legalmente noti, ora il consiglio di famiglia, eziandio composto di estranei (giacchè non lascia di costituir la famiglia legale del coniuge, or finalmente il tutore *ad hoc* il quale, nominato dal consiglio di famiglia, rappresenta ancora la famiglia legale del figlio).

Il consenso di cui si tratta può venir dato o verbalmente dalla persona presente al matrimonio, ovvero con un atto scritto, il quale vuol esser fatto per mano di un notaio (art. 73 [75]).

XI.—L'azione di nullità per mancanza di consenso della famiglia al matrimonio del coniuge minore è rigorosamente riservata al coniuge stesso che aveva d'uopo di questo consenso ed alla persona rivestita dell'autorità ch'è stata disprezzata.

Vuolsi ben notare che cosa importi quest'ultima parte della regola. Così, dopo la morte del padre il quale non ha acconsentito, la madre, sebbene il suo consenso avrebbe dovuto esser domandato in concorso con quello del padre, non può tuttavia agire; perocchè non il disprezzo dell'autorità di lei cagionava punto la nullità. Così ancora quando il minore di ventun anno maritato senza il consenso del consiglio di famiglia, giunge alla maggiore età innanzi che il detto consiglio abbia intentata l'azione, quest'azione non è più possibile, perchè non ci ha più consiglio di famiglia. Infine, nel caso d'un tutore *ad hoc*, l'azione di nullità non è mai possibile per l'autorità dispreziata, attesochè, una volta celebrato il matrimonio, il tutore che *ad hoc* appunto era tutore, cessa di aver questa facoltà (art. 182).

XII.—L'azione si estingue rispetto alla famiglia e rispetto al figlio, mercochè la ratificazione della famiglia; si estingue eziandio con la ratificazione del figlio, ma rispetto a lui soltanto. La ratificazione della famiglia, val dire di quello o di quelli che dovean consentire, può essere espressa o tacita, ed è da osservare che la tacita ratifica la quale risulta mai sempre dal silenzio che la famiglia ha serbato per un anno dacchè ha avuto contezza del matrimonio, può risultare eziandio da ogni altra circostanza. La ratifica del figlio all'opposto non può esser data espressamente se non dopo che egli sia venuto nelle condizioni richieste per poter consentire da solo al matrimonio; e non può risultar tacitamente che dal silenzio da lui serbato per un anno a contare da quel momento medesimo (art. 183).

La mancanza di consenso degli ascendenti o della famiglia, oltre l'azione di nullità alla quale dà luogo, espone ancora l'uffiziale che ha proceduto alla celebrazione, ad una prigionia di sei mesi ad un anno e ad una multa di sedici a trecento franchi (art. 156 [170]) (1).

XIII. — Ne tre casi di cui fin qui abbiamo parlato si dice esservi *nullità relativa*, perchè difatti l'azione di annullamento non esiste, come si vede, che relativamente a certe persone.

Ne cinque casi che ci rimangono da vedere (1.° impubertà, 2.° bigamia, 3.° incesto, 4.° clandestinità, 5.° incompetenza dell'uffiziale), avvi nullità *assoluta*, val dire che l'azione è aperta a tutti quelli che hanno un interesse sia morale, sia pecuniario, ad intenderla; poi a due coniugi; persino a quello il cui matrimonio costituirebbe un delitto (articolo 184).

Le persone aventi interesse morale sono: nel caso di bigamia, il primo coniuge del bigamo; in tutti i casi gli ascendenti di ogni grado, o in loro mancanza il consiglio di famiglia; ed altresì sempre il pubblico ministero, mandatario della società. Sennonchè avvi per quest'ultimo la differenza che il coniuge, gli ascendenti o il consiglio di famiglia possono agire per la nullità, sia durante l'esistenza del matrimonio annullabile, sia dopo il suo scioglimento per la morte del coniuge a nome del quale agiscono; laddove il pubblico ministero non può agire che viventi ambo i coniugi, per far cessare lo scandalo ch'essi danno, costringendoli a separarsi (articoli 184, 188, 190).

In quanto a quelli la cui azione si fonda su un interesse pecuniario, ci possono agire ogni qual volta il loro interesse esista attualmente: lo più fiato quest'interesse non esisterà che dopo lo scioglimento del matrimonio annullabile; ma potrà ben talvolta esistere viventi anche i coniugi (art. 187).

Arriviamo ora alle cinque condizioni che rimangono ad indicare, e sulle quali, in grazia di queste osservazioni generali, avremo minori ragguagli da dare.

XIV. — 4.° L'uomo prima de' diciotto anni, la donna prima de' quindici, non possono maritarsi, salvo dispense, cui il capo dello Stato può per gravi cause impartire. Ma queste dispense non han punto l'effetto di con-

validare il matrimonio già anteriormente contratto (art. 144 e 145 [152]) (2).

XV. — Questo vi ha di notevole per la nullità risultante dal mancato di età, che essa è la sola delle cinque nullità assolute che non possa domandarsi dagli ascendenti o dal consiglio di famiglia, i quali avessero consentito al matrimonio. Ma a soli parenti che han consentito è ritolto il dritto d'intentar l'azione. Così quando il padre o la madre han consentito, gli altri ascendenti e il Consiglio di famiglia, se ve ne ha, potrebbero pur sempre agire (art. 186).

XVI. — La nullità del matrimonio non può più pronunciarsi quando son decorsi sei mesi dacchè il coniuge maritato prima della sua pubertà ha attinta l'età competente; e non può più neanche da parte della donna, quando ella si trovi incinta (art. 185).

XVII. — 5.° L'esistenza di un primo matrimonio forma sempre impedimento ad un matrimonio susseguente; ma, quando la prima unione è annullabile o il coniuge è assente, la seconda non può altrimenti essere annullata. Cotalchè soltanto l'esistenza d'un primo matrimonio *valido* il cui coniuge è *certamente vivente*, forma impedimento dirimente e diviene una causa di nullità. Questa nullità non può covrirsi con niun mezzo (art. 147 [153] e 189) (3).

XVIII. — 6.° Una sesta condizione necessaria alla validità del matrimonio si è che i due coniugi non sieno fra loro nè parenti nè affini in un grado determinato. Difatti è il matrimonio vietato sotto pena di nullità a qualunque persona co'suoi discendenti, co'suoi fratelli o sorelle e co'ostoro discendenti; poi co'suoi affini in linea retta e coi cognati e cognate. Ma qui, come nel caso d'impubertà, il capo dello Stato può concedere delle dispense, benchè non per tutti i casi di parentela, sì soltanto pe' discendenti di fratelli o sorelle e pe' cognati e cognate. Qui, come nel caso di bigamia, non ci ha verun mezzo di sanare la nullità (art. 161 a 164 [158 a 161 (4)] e 184).

XIX. — 7.° ed 8.° Le due ultime condizioni volute per la validità d'un matrimonio sono la sua celebrazione fatta dall'uffiziale competente, e la pubblicità anteriore e contemporanea a questa celebrazione (art. 191) (5).

(1) La multa presso noi non può eccedere i duecenti sessanta, e la pena del carcere non può essere al di là di mesi sei. Vedi la nota (1) pag. 281. (Nota del traduttore.)

(2) L'articolo 145 del codice napoleone fu soppresso nelle nostre leggi. L'art. 452 delle nostre leggi civili fissò l'età dell'uomo a poter contrarre matrimonio a quattordici anni compiuti, e quella della donna a dodici anni compiuti. Vedi la nota (1) e (2) pag. 267. (Nota del traduttore.)

(3) L'assenza presso noi non dà il dritto all'altro coniuge a poter contrarre novello matrimonio. Vedi la nota (1) pag. 243. (Nota del traduttore.)

(4) Vedi le nostre osservazioni a questi articoli. (Nota del traduttore.)

(5) Presso noi la condizione essenziale per la contrattazione del matrimonio si è la celebrazione innanzi a persona ecclesiastica che sia il proprio parroco o da costui autorizzato. Vedi la nota (2) pag. 297. (Nota del traduttore.)

L'uffiziale competente è quello del domicilio d'uno de' coniugi; e il domicilio in fatto di matrimonio non si stabilisce che con sei mesi d'abitazione in uno stesso comune. Una volta acquistato in un comune, non si perde che col lasso di sei mesi dalla cessazione dell'abitazione (art. 74 [76]).

Le due condizioni di cui qui trattasi non sono, propriamente parlando, che le due parti d'un'unica condizione, ossia: la pubblicità del matrimonio, la quale si divide in pubblicità di fatto risultante dall'adempimento de' mezzi materiali di notificazione, e pubblicità civile risultante dalla celebrazione innanzi l'uffiziale competente, costituito dalla società, primo testimone del matrimonio (art. 191).

XX. — Questa condizione di pubblicità, che abbraccia sì la pubblicità di fatto e sì la presenza dell'uffiziale competente, è richiesta, diciam noi, sotto pena di nullità del matrimonio. Ma questa nullità, in cambio di risultar da cause categoricamente designate dalla legge, è, al pari di quella per manco di libertà o per errore sulle qualità principali, abbandonata alla discrezione de' giudici. Ad essi s'appartiene vedere se, malgrado l'inosservanza di questo o quel mezzo di pubblicità, se ne fossero per avventura osservati abbastanza perchè il matrimonio fosse sufficientemente pubblico.

E non pur la legge non affigge mica la nullità all'inosservanza di qualcuna delle regole che alla pubblicità conferiscono; ma anzi in senso inverso il testo o la mente di essa dicono, esservi due di tai regole la cui violazione non basterà mai da sè sola per far annullare il matrimonio; ciò sono: 1.° la mancanza di pubblicazioni, per la quale un articolo formale pronunzia soltanto una multa, 2.° la celebrazione fuor della casa comunale, cui la nostra legislazione autorizza, pochè non vieta punto i matrimoni contratti sul letto di morte (art. 191 a 193).

Un caso ci ha tuttavia, quello di matrimoni contratti all'estero da Francesi, nel quale il Codice pronunzia la nullità per la sola inosservanza della tal formalità da esso determinata. Allora infatti possono i tribunali annullare il matrimonio, sia per la sola mancanza di pubblicazioni in Francia, sia pel non richiesto consiglio che uno sposo maggiore dee domandare a' suoi ascendenti, ovechè questa mancanza di consiglio non è mai una causa di nullità pei matrimoni contratti in Francia, come si vedrà nella sezione III (art. 170) (1).

XXI. — In tutti i casi, la nullità per difetto

di pubblicità materiale o civile vien sanata dal possesso di stato, val dire dalla pubblicità che il matrimonio acquista posteriormente alla sua celebrazione, e che agli occhi di tutti attribuisce a' coniugi la qualità di legittimi. A' tribunali spetterà ancora decidere in fatto se vi sia pubblicità sufficiente per sanare la clandestinità primitiva dell'unione (art. 191).

SEZIONE III.

Condizioni, il cui inadempimento non osta nè all'esistenza nè alla validità del matrimonio, ovvero impedimenti proibitivi.

XXII. — Sonoci un gran numero di condizioni, la cui inosservanza non nuoce nè all'esistenza nè tampoco alla validità del matrimonio, ma che pur sono rigorosamente richieste dalla legge, per guisa che in mancanza d'una sola non dee punto l'uffiziale pubblico procedere alla celebrazione. La mancanza di siffatte condizioni adunque costituisce degl'impedimenti, non più dirimenti, ma soltanto proibitivi.

Quattro di queste condizioni e pertanto quattro impedimenti proibitivi sono stati indicati nella sezione precedente: qui ci occorre dir un motto di ciascuno in particolare.

XXIII. — 1.° L'esistenza d'un primo matrimonio annullabile o il cui coniuge è assente fa ostacolo alla celebrazione d'un matrimonio novello, il quale resta vietato fino alla dichiarazione di nullità del primo o alla certezza acquistata della morte del coniuge assente.

XXIV. — 2.° I maggiori che hanno ancora degli ascendenti in istato di manifestare la loro volontà non posson maritarsi, in qualunque siasi età, se non dopo aver richiesto il consiglio de' loro ascendenti. La domanda dee farsi: da' figli maschi di venticinque a trent'anni e dalle femmine di anni ventuno a venticinque, mediante tre atti rispettuosi notificati successivamente a un mese d'intervallo; dopo 25 anni per le femmine e 30 anni pe' maschi basta un sol atto rispettuoso. Il matrimonio non è permesso che un mese dopo notificato l'ultimo o l'unico atto rispettuoso. La notificazione si fa alla persona o al domicilio dell'ascendente da due notai ovvero da un notaio e due testimoni, e l'ordine da seguirsi fra gli ascendenti de' vari gradi per questa domanda di consiglio, è quello che abbiamo indicato per la domanda del consenso (art. 151 a 155 [166 a 169]) (2).

Il pubblico uffiziale che procede alla cele-

(1) Vedi la nota (1) pag. 306, ove fu per noi detto la ragione della soppressione dell'art. 170. (Il tr.)

(2) Vedi le note a questi articoli. (Nota del traduttore.)

brazione del matrimonio d'un maggiore senza che siasi fatta cotale domanda, è esposto ad una prigionia d'un mese ad un anno e ad una multa di 16 a 300 fr. (art. 157).

XXV. — 3.° Il minore, il quale, avendo ancora i suoi genitori, ottenesse pel suo matrimonio il consenso del padre, o, non avendo più che gli ascendenti superiori, ottenesse il consenso di una delle due linee, o in una sola linea il consenso d'uno de' due rami, non avrebbe annullamento da temere pel matrimonio che si trovasse celebrato con quel solo consenso e senza aver consultata la madre, la seconda linea o il secondo ramo; benvero questa consultazione è richiesta, e mancando, non deve l'uffiziale punto procedere alla celebrazione del matrimonio (articolo 148 e 150 [163 e 164]) (1).

XXVI. — 4.° Il matrimonio non può esser celebrato che dopo due pubblicazioni fatte in due domeniche consecutive. Dee stendersene un atto sopra un registro, tenuto in un esemplare, numerato e cifrato dal presidente del tribunale, ed un estratto di questo atto dev'esser affisso alla porta della casa comunale e restarvi nell'intervallo dall'una all'altra domenica. Il matrimonio non è possibile se non il terzo di dopo la seconda domenica e non può celebrarsi senza nuove pubblicazioni che nel corso di un anno. Per gravi cause, può accordarsi direttamente dal procuratore della Repubblica la dispensa d'una delle due pubblicazioni (art. 63 a 65, 166 e 169 [68, 176 e 178]) (2).

Queste pubblicazioni deggiono aver luogo per ciascuna delle parti: 1° nel domicilio di matrimonio di essa; 2° nel luogo ove ha il suo domicilio reale ordinario, se è distinto dal primo; 3° nel domicilio degli ascendenti o della famiglia di cui essa parte dee domandare il consenso o il consiglio (art. 167 [177] e 168).

La contravvenzione ad alcuna di queste regole dà luogo, contro l'uffiziale pubblico, ad una multa di 16 a 300 fr., e contro le parti o contro quelli sotto la cui potestà elleno hanno agito, ad una multa proporzionata alla loro fortuna (art. 192).

XXVII. — La pubblicità, necessaria prima del matrimonio e per notificarne il divisamento, è necessaria eziandio al momento della sua celebrazione.

Il matrimonio vuol esser celebrato nella casa comunale del domicilio d'una delle parti, in presenza di quattro testimoni maschi e dell'età d'anni ventuno; l'uffiziale pub-

blico dà lettura degli atti autentici del consenso degli ascendenti o della famiglia (quando tal consenso non sia dato di persona); dell'atto di nascita di ciascuno sposo, o, in mancanza, dell'atto di notorietà sottoscritto dal giudice di pace e da sette testimoni ed omologato dal tribunale; poscia del capitolo del nostro titolo relativo a' *dritti e doveri rispettivi de' coniugi*. Indi riceve dai due sposi la dichiarazione che si prendono in marito e moglie, e pronunzia che sono uniti in matrimonio (art. 75 [77]).

Or se queste due ultime condizioni (la dichiarazione delle parti e il pronunziamento della loro unione) son necessarie all'esistenza del matrimonio secondo si è veduto nella sezione I, non è però lo stesso per le altre. La mancanza di queste non nuoce nè all'esistenza e neppure alla validità del matrimonio, purchè i tribunali decidano in fatto che vi riman tuttavia una sufficiente pubblicità; soltanto dà luogo allora alla multa che abbiamo dinotata pel manco di pubblicazione (art. 193).

XXVIII. — Ma questi quattro impedimenti proibitivi non son mica i soli. E di fermo è vietato il matrimonio, senza però che, dopo celebrato, possa annullarsi:

5° Fra l'adottante e l'adottato, fra l'adottante e il coniuge o i figli dell'adottato; fra l'adottato e il coniuge o i figli, anche adottivi, dell'adottante;

6° Alla donna durante i dieci mesi che seguono lo scioglimento o l'annullamento d'un precedente matrimonio;

7° Fra il coniuge contro cui fosse stato pronunziato il divorzio per adulterio, e il suo complice (3);

8° Al prete cattolico che è stato ordinato, ovvero ha continuato o ripreso l'esercizio del suo ministero dopo la legge del 18 germine anno X (4);

9° Agli uffiziali, sottuffiziali e soldati dell'esercito e dell'armata, senza il permesso per iscritto del ministro della guerra o della marina, per gli uffiziali; e del consiglio di amministrazione del corpo poi sottuffiziali e soldati;

10° Infine a colui contro il matrimonio del quale esiste un'opposizione regolare (Appendice al cap. I ed art. 68).

SEZIONE IV.

Delle opposizioni al matrimonio.

XXIX. — Il dritto accordato dalla legge a certe persone, di formar opposizione a un mone col complice per la decretale *Tanta* di Papa Alessandro III. Vedi le nostre osservazioni sotto l'art. 314 [236]. (Il traduttore).

(1) Vedi la nota (2) pag. 295. (Nota del traduttore).

(1) Vedi le note a questi articoli. (Il traduttore.)
(2) Vedi le nostre osservazioni a questi articoli. (Nota del traduttore.)

(3) Presso noi non esiste questo impedimento. Morito il coniuge l'adulterio può contrarre matri-

Marcadé T. I.

matrimonio, ha ordinariamente per iscopo di far conoscere le cause d'impedimenti che esistono contro questo matrimonio; ma talvolta pure è offerto agli ascendenti come un mezzo di non far seguire in fatto o almeno di ostacolare un'unione ch'eglino giudichino inconveniente, ma per la quale tuttavia non esiste veruna legale proibizione.

In tutti i casi, esista o no una causa legale d'impedimento, l'opposizione, posto che sia regolare, diviene un impedimento per sè stessa, e il matrimonio non può celebrarsi finchè quella non venga rimossa. L'uffiziale che vi procedesse andrebbe soggetto ad una multa di 300 fr. (art. 68 [70]).

XXX. — Le persone a cui la legge permette di formar opposizione al matrimonio d'un futuro coniuge sono: 1.° i suoi ascendenti; non tutti in concorrenza, ma ciascuno nell'ordine con che è chiamato a dar il suo consenso o il suo consiglio; 2.° in difetto di ascendenti, i fratelli, le sorelle, gli zii e le zie, i cugini o cugine germani, maggiori; 3.° sempre, in mancanza di ascendenti, il tutore o il curatore, autorizzato dal consiglio di famiglia; 4.° il coniuge attuale di colui che volesse contrarre una nuova unione; 5.° infine il pubblico ministero (art. 172 a 175 [181 a 184]).

Il coniuge e gli ascendenti posson formare opposizione assolutamente ed in ogni incontro; il primo perchè la sola sua qualità è la prova d'un impedimento dirimente; gli altri perchè, in mancanza d'una causa legale di proibizione, la legge suppone in essoloro de' motivi ragionevoli di non far seguire il matrimonio. Del resto se i futuri coniugi non rifuggono da un giudizio di rimozione, l'opposizione di un ascendente non fondata su di una causa legale d'impedimento, non potrà mica esser diffinitivamente mantenuta (art. 173 [182]).

I parenti collaterali e il tutore o il curatore, che sol possono formar opposizione quando non vi sia più neppur uno ascendente in grado di manifestare la sua volontà, nol possono inoltre che per una di queste due cause, 1.° mancanza di consenso del consiglio di famiglia; 2.° stato di demenza del futuro coniuge. In quest'ultimo caso, l'opposizione non può esser mantenuta dal tribunale che sotto la condizione che l'opponente provochi l'interdizione nel lasso di tempo che il tribunale determinerà (art. 174 [183]).

Il pubblico ministero non può formare opposizione, salvo quando esiste un impedimento dirimente, ovvero per lo stato sacerdotale del futuro coniuge. Per gli altri impedimenti proibitivi, può soltanto intimare all'uffiziale dello stato civile un semplice divieto di procedere al matrimonio (art. 175 [184]).

XXXI. — Ogni atto d'opposizione deve enunciare la qualità che dà dritto di formarla; dev'esser sottoscritto sull'originale e sulla copia dall'opponente o dal suo mandatario munito di procura speciale ed autentica; deve infine, quando non ha luogo a domanda di un ascendente, indicare il motivo dell'opposizione (art. 66 e 176 [69 o 185]).

L'atto dev'esser notificato all'uffiziale d'uno dei comuni dove si fanno le pubblicazioni ed al futuro sposo; e perchè questi non sia obbligato di adire per la rimozione un tribunale lontano, l'atto dee contenere, da parte dell'opponente, elezione di domicilio nel comune dove questo futuro sposo ha il suo domicilio di matrimonio, val dire la sua residenza. Le regole che abbiamo esposte in questo n.° XXXI debbono osservarsi sotto pena di nullità dell'opposizione e d'interdizione dell'uscire che ha sottoscritto l'atto (ivi).

Il quale uscire, del resto, quando ben fosse evidente che la qualità su cui l'opponente fonda il suo dritto e il motivo che dà dell'opposizione non han nulla di legale, non potrebbe per fermo ricusare il suo ministero: mandatario necessario, egli dev'essere un istrumento passivo nella mano del suo mandante. Altrimenti sta la cosa per l'uffiziale dello stato civile, il quale dovrebbe, in questo medesimo caso, non tenere alcun conto dell'opposizione. Ma quest'uffiziale dovrà rispettare l'opposizione, tostochè vi sia dubbio sulla legalità della qualità o del motivo indicato nell'atto (art. 176 [185]).

XXXII. — L'uffiziale dello stato civile che riceve una copia regolare d'un atto d'opposizione ne fa menzione sul registro delle pubblicazioni; ed in margine di questa menzione metterà poi quella delle sentenze o degli atti di rimozione che gli saran rimessi (articolo 77 [83]).

Il tribunale di prima istanza o d'appello, investito d'una questione di rimozione, dovrà statuire almeno preparatoriamente fra dieci giorni. L'appello dalla sentenza che ha rimossa l'opposizione, ne sospenderà l'esecuzione; ma non così il ricorso per annullamento contro l'arresto che avesse egualmente ordinata la rimozione; di guisa che, malgrado questo ricorso, non potrà mica ricusarsi la celebrazione. Ma, se l'arresto venisse annullato, il matrimonio si troverebbe nullo per conseguenza; e se l'arresto diffinitivo rimovesse ancora l'opposizione, si richiederebbe una nuova celebrazione (art. 177 e 178 [186 e 187] (1)).

Quando l'opposizione verrà rigettata, lo

(1) Vedi le note a questi articoli. (Nota del traduttore.)

spese, in regola generale, coderanno a carico degli opposenti; ma, quando questi saranno degli ascendenti o de' fratelli e sorelle, le spese potranno compensarsi. In quanto a' danni ed interessi, non si potrà mai ottenerne contro gli ascendenti; ma il tribunale sarà in libertà di pronunziarne contro qualunque altra persona (art. 179 [188]).

L'uffiziale civile del domicilio d'una delle parti non può procedere al matrimonio se non quando non abbia punto attualmente opposizione nelle mani, e gli si rimetta un certificato di ciascuno degli uffiziali nel comune de' quali si son fatte le pubblicazioni, comprovante non esistere opposizione veruna nelle loro mani (art. 69 [71]).

CAPITOLO II.

DELLA PROVA DEL MATRIMONIO.

XXXIII. — Per stabilire che l'unione di due persone costituisca veramente un matrimonio legittimo, non basta provare che abbia avuto luogo una celebrazione regolare; imperocchè ad onta di questa, ben potrebbe il matrimonio non esistere altrimenti, posta la mancanza d'una delle altre due condizioni essenziali, ovvero ancora potrebbe il matrimonio esser affetto di nullità per l'esistenza di qualche impedimento dirimente.

Sicchè rigorosamente per stabilire che un uomo ed una donna son coniugi legittimi, sarebbe mestieri provare: 1.° che tra loro ha avuto luogo una celebrazione di matrimonio; 2.° che essi erano realmente capaci di consentire; 3.° infine che non v'era alcun impedimento dirimente contro il loro matrimonio. Ma, se egli è ragionevole di domandar la prima di queste tre prove, sarebbe per avventura assurdo di esiger le due altre; stantechè sarebbe spesso impossibile di somministrarlo. Io, per esempio, non posso affatto provare che, quando mi son maritato, non ero punto mortocivilmente, o che non era già legato da un altro matrimonio.

Laonde tutto quel che mi si può domandare è, che io provi il fatto della celebrazione; spetterà poi a colui il quale pretenda che v'era un ostacolo alla formazione legale del matrimonio o alla sua validità, di provare la realtà di quest'ostacolo. Val quanto dire che la prova da me fatta della celebrazione del mio matrimonio farà presumere, fino a prova contraria, l'esistenza legale e la validità di questa unione. Tal è di fatti la teoria della legge, la quale non impone a coloro che reclamano gli effetti civili del matrimonio di fare altra prova tranne quella della celebrazione.

Del rimanente, la legge lascia sotto l'im-

perio del dritto comune i mezzi di prova co' quali si potrà sostenere o combattere l'allegazione di cause impedienti l'esistenza o la validità dell'unione; per forma che, in questo dibattimento, la prova testimoniale sarà ammessa al pari d'ogni altra. Ma non è già lo stesso per la prova da farsi della celebrazione dell'unione: chè per questo obbietto il Codice ferma regole speciali, e il complesso di queste regole dobbiam noi qui presentare.

XXXIV. — Per procurare un mezzo regolare di provare il fatto d'una celebrazione di matrimonio, domanda la legge, che al momento stesso di questa celebrazione sia disteso dall'uffiziale pubblico sui registri dello stato civile un atto, il quale presenti: la designazione de' coniugi, de' loro genitori e dei testimoni; la menzione dell'osservanza delle regole prescritte su' consensi da ottenersi, sugli atti rispettosi da farsi, sulle pubblicazioni, sulle opposizioni e loro rimozione; poi sulle solennità della celebrazione, segnatamente sulla dichiarazione reciproca dei coniugi e sul pronunziamento dell'unione fatto dall'uffiziale (art. 76 [79]).

Unicamente con la riproduzione di questo atto può provarsi la celebrazione, generalmente parlando, se non che questa regola soffre eccezione in talune congiunture.

XXXV. — I mezzi di prova dalla legge autorizzati son diversi secondo che la celebrazione è invocata da figli del preteso matrimonio, o da qualunque altro interessato. Quando si tratta de' pretesi coniugi o d'interessati che non sieno figli, vi sono, secondo i casi, tre mezzi di prova: uno ordinario, due straordinari ed eccezionali. I figli, oltre di questi tre mezzi, ne hanno un quarto, che è loro esclusivamente peculiare.

1.° I pretesi coniugi (e al par di essi i loro rappresentanti ed aventi causa) non possono, nei casi ordinari, provar la celebrazione della loro unione, se non mediante la presentazione dell'atto regolarmente iscritto sui registri. Non basterebbe loro mai d'invocare un possesso di stato, ch'egli è troppo facile procacciare a sé medesimo (art. 194 e 195). Inpertanto questo possesso di stato produrrebbe un effetto contro essi coniugi: e sarebbe di validare un atto irregolare di celebrazione. Quest'atto, per quanto lo si volesse informare, diverrebbe inoppugnabile per essi, mercè questo stato conforme. Ma la nullità di quest'atto potrebbe mai sempre venir da' terzi invocata contro di loro (articolo 196).

2.° Quando circostanze materiali fan sospettare che, al momento della celebrazione allegata, non v'eran punto registri, o che la loro tenuta sia stata interrotta, o che i re-

gistri sieno stati perduti ovvero distrutti in tutto o in parte, è permesso provar con testimoni innanzi tratto la realtà di questo fatto già verisimile, poscia il fatto della celebrazione (art. 194 e 46 [48]).

3. Allorchè un atto di matrimonio sia stato messo fuori stato di poter servire, mediante un misfatto o un delitto (per esempio, quando l'uffiziale pubblico avesse disteso l'atto sopra un foglio volante in vece che su' registri) e pel risultato della procedura criminale o correzionale la pruova della celebrazione si trovi acquistata; i coniugi, senza pure esser d'uopo che abbiano figurato da parti civili nel giudizio, possono sostituire al loro atto di celebrazione l'iscrizione della sentenza su' registri (art. 198). Se l'azione, in cambio d'essere intentata criminalmente contra il reo, s'intenti nel tribunale civile contro le persone civilmente responsabili del colui delitto, per esempio contro i suoi eredi, non possono più i coniugi agire egliino stessi; ma si debbono far agire il procuratore della repubblica (art. 200). Dopo la morte de' coniugi o d'uno di essi, i medesimi dritti appartengono a' rappresentanti di uemendue o del defunto (art. 199).

4. Quando si invoca la celebrazione da' figli del matrimonio come uno degli elementi della pruova della loro legittimità, la legge fa piegare in favor loro la regola ordinaria. Il figlio è allora dispensato dall'esibir l'atto di celebrazione, sotto queste quattro condizioni: 1° che i suoi due autori sieno morti o nell'impossibilità fisica di procacciargli delle notizie; 2° che egli goda del possesso di stato di figlio legittimo; 3° che i due suoi autori abbiano o abbiano avuto viventi il possesso di stato di coniugi; 4° infine, che il suo possesso di stato non sia punto smentito dal suo atto di nascita.

Comprendiamo bene, del rimanente, il significato di questa eccezione. La legge dispensa allora il figlio dal provar la celebrazione, e vuol pure presumere; ma non vuole più che tanto, e gli avversari di esso figlio potrebbero provar molto bene, ove ne avessero qualche mezzo, questa pretesa celebrazione non aver mai avuto luogo (art. 197).

CAPITOLO III.

DEGLI EFFETTI DEL MATRIMONIO.

XXXVI. — *Del matrimonio valido e del matrimonio putativo.* Prima di veder quali effetti attribuisce la legge al matrimonio, conviene dire a quali unioni sono affissi gli effetti legali; conciossiachè sarebbe pur naturale di credere che il matrimonio valido sia il solo che li produca, e sarebbe intanto un errore.

E innanzi tratto egli è chiaro che il matrimonio annullabile, finchè non sarà annullato produrrà tutti gli effetti che un matrimonio valido produrrebbe; dacchè entrambi stanno allo stesso livello; sono entrambi de' veri matrimoni fintanto che l'annullamento giudiziario non viene a far disparire il primo. Anzi, lo stesso matrimonio nullo, finchè la sua inesistenza non sarà giudizialmente fermata, e passerà per un vero matrimonio agli occhi di tutti, produrrà in fatto tutti gli ordinari effetti d'un legittimo matrimonio. Ma una volta pronunziato l'annullamento del primo matrimonio e proclamata la nullità del secondo, saranno entrambi spogliati di ogni effetto, eziandio pel passato. Il che è evidente pel secondo, posciachè l'accertamento della sua nullità fa vedere che esso non ha mai avuto realtà. E cosa egualmente incontrastabile pel primo, dacchè il suo annullamento lo fa riguardare in dritto non solo come non più esistente per l'avvenire, ma eziandio come non mai esistito nel passato.

Tuttavolta il matrimonio annullabile e il matrimonio nullo non perdono così gli effetti che han prodotti nel passato, se non sono stati contratti di mala fede da ambe le parti, val dire con la cognizione ch'esse avevano dell'ostacolo che v'era alla legittimità del matrimonio. In fatti (ed è questa una regola della più alta importanza) l'unione che divien nulla o che è dichiarata nulla produce nondimanco tutti gli effetti civili d'un matrimonio legittimo, posto che vi sia stata al momento della celebrazione buona fede nei due coniugi o in uno di essi, quand'anco questa buona fede fosse cessata dipoi. Quest'unione domandasi *matrimonio putativo*. Ben vero, quando è di buona fede un solo coniuge, gli effetti civili non han mica luogo pel coniuge di mala fede, nè pe' suoi rappresentanti. Del resto si comprende pure che il matrimonio putativo non produce effetti posteriormente alla dichiarazione di nullità, ma soltanto nell'intervallo dalla celebrazione a questa dichiarazione. Ma tali effetti, che la legge così gli accorda per favore, esso li conserva poi per sempre, di guisa che sta assolutamente allo stesso livello d'un matrimonio valido, il cui scioglimento si avverasse nel momento in cui ha luogo la dichiarazione di nullità (art. 201 e 202 [191 e 192]).

Del rimanente, la buona fede si presume sempre, quando si tratta d'un errore di fatto: ma per contrario ha sempre uopo d'esser provata positivamente quando si tratta d'un errore di dritto; mercecchè si presume che la legge sia nota a tutti (*ius*).

Sicchè accanto a' matrimoni validi in forza de' principj, hannoci de' matrimoni validi

per favore. Agli uni ed agli altri sono egualmente attribuiti gli effetti legali: or quali sono cotesti effetti?

XXXVII. — Il nostro titolo non presenta punto il quadro compiuto degli effetti civili del matrimonio; i quali sono spiegati alla spicciolata ne' titoli della *Paternità, della paternità Potestà, della Tutela, delle Successioni, del Contratto di matrimonio*, ed in altri ancora. La legge si tien paga ad indicar qui i dritti e i doveri rispettivi de' coniugi, e talune soltanto delle obbligazioni che nascono tra' coniugi ed altre persone reciprocamente.

XXXVIII. — *Doveri rispettivi de' coniugi.* I coniugi si debbono vicendevolmente la fedeltà coniugale, de' soccorsi pecuniari, e quelle cure personali che sono in istato di prestarsi (art. 212 [201]).

Il marito deve protezione alla moglie, e pertanto è obbligato a riceverla e mantenerla secondo le sue facoltà ed il suo stato. La moglie deve sommissione al marito, e per conseguenza è tenuta a seguirlo dovunque egli stimi opportuno di risiedere. Questo dovere di abitazione soffre eccezione in tre casi: 1.° se il marito non adempie al correlativo obbligo di ricevere e mantenere la moglie convolvemente; 2.° se vuole, senza necessità, menare una vita sempre errante; 3.° se vuole uscir di Francia contrariamente al divieto formale d'una legge politica. Questo dovere cessa completamente nel caso di separazione personale (art. 213 e 214 [202 e 203]).

XXXIX. — *Dell'autorizzazione maritale e dell'incapacità della donna maritata.* Dalla sommissione che la moglie deve al marito e dalla fiducia che la fa, per dir così, addormentare sotto la protezione che da lui attende, nasce per la donna maritata la proibizione di procedere, in generale, senza autorizzazione, ai diversi atti della vita civile. Laonde l'autorizzazione maritale è al tempo stesso una quistione di rispetto pel marito e d'incapacità personale (art. 224 [213]).

La donna dunque non può nè alienare, nè per conseguenza obbligarsi, nè tampoco acquistare senza il consenso del marito debitamente comprovato e speciale per ciascun atto. Avvi eccezione: 1.° quando essa è autorizzata ad esercitare il commercio, per tutto ciò che concerne il suo negozio; 2.° circa l'amministrazione de' suoi beni, quando il marito le ha dato autorizzazione generale, sia nel contratto di matrimonio, sia posteriormente (art. 217 e 220 [206 e 209]).

La donna non può mai, neppure in virtù d'un'autorizzazione generale, o quando esercita autorizzata la mercatura, procedere in giudizio senza il consenso del marito, salvo quando sia incriminata per misfatto, delitto

o contravvenzione (art. 215 e 216 [304 e 205]).

Del rimanente, sia per contrattare, sia per sostenere una lite, risulterà sempre un'autorizzazione tacita, sufficiente, dal concorso del marito nell'atto o nella procedura (art. 217 [206]).

Quando il marito ricusa d'autorizzar la moglie, o quando è assente, interdetto o minore, la moglie può essere autorizzata dal tribunale, sia per litigare, sia per contrattare: il tribunale potrebbe eziandio, in caso di assenza, d'interdizione o di minorità del marito, autorizzar la moglie ad esercitar la mercatura; ma nol potrebbe mica, ricusando il marito. Del resto, quando la donna è maritata in comunione, le obbligazioni che contrae con l'autorizzazione del marito riflettono sulla comunione, e pertanto sovrasso il marito; ma altrimenti sta la cosa quando ella è soltanto autorizzata dal magistrato (art. 218, 219, 221, 222, 224 [207, 208, 210, 211, 213]).

L'autorizzazione del marito basta alla moglie perimenti quando deve con essolui litigare o contrattare come in altri casi. Difatti, quando avversario della moglie è il marito medesimo, ella non ha più protezione da attenderne, e trovasi quindi, sotto il rispetto della capacità, nella posizione d'una donna non maritata. Sicchè in questo caso l'autorizzazione non è più che una quistione di rispetto, e nulla toglie che il marito possa darla, anche nel suo proprio interesse (ivi).

Quando la moglie è minore, il marito si trova essere il suo curatore legale. Ma se il marito ricusa l'autorizzazione, o se egli stesso è minore, interdetto o assente, l'autorizzazione del tribunale più non basta, come quella che soddisfa soltanto al dovere di sommissione della donna. Allora fa inoltre mestieri d'un tutore *ad hoc*, a causa dell'incapacità per minorità. In questo stesso caso di una moglie minore, non più le basta l'autorizzazione del marito, se con essolui ella contratti. E di fermo la circostanza che la moglie ha il marito per avversario e pertanto non può più attendersi protezione da lui, non le impedisce già di restare incapace come minore; onde è il caso d'applicare al marito la regola: *nemo potest auctor esse in rem suam* (art. 224 [215]).

XL. — L'atto consentito dalla donna senza autorizzazione non è già nullo; ma soltanto annullabile. L'azione di nullità fondata sul disprezzo dell'autorità maritale, e senza alcuna quistione d'interesse pecuniario, non appartiene che al marito, il quale non può esercitarla che durante il matrimonio. Come quella che si fonda sull'interesse pecuniario di colui che agisce, l'azione appartiene al marito, alla moglie ed a' loro eredi, creditori

o altri rappresentanti; epperò può intentarsi finchè non v'è prescrizione, e la prescrizione non si avvera che con dieci anni a muovere dallo scioglimento del matrimonio (art. 225 [24]).

Il contratto stipulato dalla donna senz'autorizzazione non essendo che annullabile, può dunque venir ratificato posteriormente. La ratificazione data dal marito durante il matrimonio sana il vizio completamente ed assolutamente; quella che egli desse dopo lo scioglimento nol coprirebbe se non a fronte di lui e de' suoi rappresentanti. Quella che la donna consentisse durante il matrimonio senza autorizzazione non producendo verun effetto, se la moglie fosse autorizzata dal tribunale, l'autorizzazione coprirebbe la nullità a fronte della donna e de' suoi rappresentanti; quella infine che ella desse dopo lo scioglimento del matrimonio non sarebbe egualmente efficace che per lei e pe' suoi rappresentanti, non mica per quelli del marito (art. 225 [24]).

Arriviamo infine alle obbligazioni che la legge stabilisce tra' coniugi da un lato ed altre persone. Queste obbligazioni si riducono a due: 1.^a al dovere di educazione de' figli; 2.^a al debito di alimenti fra parenti ed affini in linea retta.

XLI. — Del dovere d'educazione. Il dovere di educazione, che consiste nell'obbligo di procacciare al figlio tutti i sussidi, e tutte le cure di cui ha bisogno finchè sia divenuto uomo, comincia allorchè questo figlio è ancora nel seno della madre, e cessa solo quando è stato sufficientemente allevato. Cotal dovere non è imposto formalmente che a' genitori; e solo in mancanza di entrambi e giusta la mente soltanto della legge, incombe agli ascendenti superiori (art. 203 [193]) (1).

Del rimanente, comunque l'obbligo pei genitori di stabilir convenientemente i loro figli non sia che il complemento ed una parte del dovere di educazione, la legge tuttavia non accorda a' figli alcun'azione in giudizio per esigere uno stabilimento (art. 204 [194]).

XLII. — Del debito alimentizio. Gli alimenti son dovuti da ciascun coniuge a' suoi ascendenti, a' suoi discendenti, agli ascendenti del suo coniuge ed a' coniugi de' suoi discendenti: reciprocamente egli può esigerne da queste stesse persone (art. 205 a 207 [195 e 196]).

Tutti coloro che possono dover degli alimenti ad una persona non son mica chiamati a somministrarglieli in concorrenza e senza distinzione; avvi un ordine da seguire; e taluno di essi non sarà tenuto al debito che in mancanza di tal altro, val dire quando questi è fuori stato di soddisfarlo, o non può

soddisfarlo se non in parte. Per regolare un ordine siffatto, si parte da questo principio che chi godrebbe i vantaggi se la prosperità rinascesse, deve altresì sopportar gli oneri dell'avversità. In conseguenza, 1.^a tutt'i parenti vanno innanzi agli affini; 2.^a pe' parenti fra loro, seguonsi le regole consacrate dalla legge per la devoluzione delle successioni; 3.^a infine si applicano queste medesime regole all'affinità, la quale non è che un'imitazione della parentela (art. 207 [190]).

Gli alimenti comprendono tutto ciò che è necessario alla vita in istato tanto di sanità quanto di malattia, e debbono somministrarsi in danaro. La cifra della pensione alimentare si determina sempre sul bisogno attuale di colui che la domanda e sulle facoltà attuali di quello che la deve. Se dunque di due debitori della stessa categoria, per esempio due fratelli, l'uno è metà più ricco dell'altro, si dovranno mettere a suo carico i due terzi della pensione, e solo un terzo a carico del secondo. Che se, posteriormente alle primitive determinazioni, sopravvengano de' cambiamenti nel bisogno del creditore o nelle facoltà de' debitori, ovvero di uno di essi, vi sarà luogo a modificare sia la proporzione delle quote de' debitori, sia anche la cifra stessa della pensione. Queste regole dicono abbastanza che il debito alimentare non potrebbe essere nè indivisibile nè solidale (art. 207 e 211 [197] (2)).

Il principio che gli alimenti debbono somministrarsi in danaro non subisce mai eccezione di pieno dritto; ma i tribunali sono autorizzati a derogarvi in due casi: 1.^a Quando sono i genitori o l'uno di essi che offra ricevere un figlio presso di sè; 2.^a Quando altri che il padre e la madre provino esser loro impossibile di pagare il debito in danaro. Sotto una di queste due condizioni, hanno i giudici la facoltà, ma non son mai tenuti, di sostituire alla pensione pecuniaria la prestazione degli alimenti in natura (art. 210 [200] e 211.).

Il dritto agli alimenti non può mai trasmettersi a' rappresentanti del creditore; ma è personale a quest'ultimo. Il debito, al contrario, si continua contro gli eredi del debitore, tostochè è nato prima della costui morte ed ha esistito nella sua persona (art. 207 [196]).

CAPITOLO IV.

DELLE CAUSE DI SCIOGLIIMENTO DEL MATRIMONIO.

XLIII. — Il matrimonio non si scioglie oggi per due cause: la morte naturale presso nelle nostre leggi civili. Vedi la nota a questo articolo. (Nota del traduttore.)

(1) Vedi la nota a questo articolo (N. del trad.).

(2) L'articolo 211 del codice Napoleone fu sop-

e la morte civile d'uno de' coniugi (articolo 227 [216] (1)).

Egli è evidente che, nel caso di morte civile, lo scioglimento a luogo nel momento appunto in cui la morte civile viene a colpire il coniuge (*ivi*).

TITOLO VI.

(Del divorzio e) della separazione personale

(Decreto il 24 marzo 1803. — Promulgato il 31).

Questo titolo, diviso in cinque capitoli, si occupa della separazione personale nell'ultimo, che contiene sei articoli soltanto. Gli altri quattro capitoli, che comprendono 77 articoli, son relativi al divorzio, il quale, come abbiamo già detto fu abolito con la legge degli 8 maggio 1816 (2).

Siccome il Codice Civile, trattando sì l'abdicazione della separazione personale si riferiva espressamente a parecchi articoli del divorzio, e intendeva certamente riferirsi pure ad altri cui non indicava formalmente; presenteremo in testo ordinario quelli fra gli articoli del divorzio che s'applicano alla separazione, e quelli altresì sulla cui applicazione v'è controversia. Quanto a quelli che la legge del 1816 rende evidentemente senza applicazione, gl'indicheremo tuttavolta per non troncargli il testo del Codice; ma saranno impressi a carattere minuto.

CAPITOLO PRIMO.

DELLE CAUSE DEL DIVORZIO (E DELLA SEPARAZIONE PERSONALE).

229 [217] (3). — Potrà il marito domandare il divorzio per causa d'adulterio della moglie.

(1) Vedi le note a questo articolo. (N. del trad.)

(2) La legge è l'espressione non solo della volontà del legislatore, che de' bisogni de' popoli: ove ella non abbraccia questo duplice oggetto, diventa un dettato inutile, che la coscienza universale ributta. Tale si fu la legge del divorzio presso noi, la quale abbenchè avesse avuto vita per un decennio, pure non fu, tranne da due soltanto, accolta da nessuno. Il divorzio infatti è una istituzione non pure contraria ai precetti cattolici, che a quelli di natura, nè vi ha filosofo il quale non iscorra nel matrimonio certi oggetti d'indissolubilità, e lo stesso Bentham acerrimo difensore del divorzio, non può fare ammollo di dire — « essere il MATRIMONIO PERFETTO, il più naturale, il più assortito ai bisogni e circostanze delle famiglie, il più favorevole agli individui, per la generalità della specie » — Fu quindi necessità non solamente religiosa, ma naturale quella che fe'

230 [218]. — Potrà la moglie domandare il divorzio per causa d'adulterio del marito, allorchè egli avrà tenuta la sua concubina nella casa comune.

231 [220]. — I coniugi potranno domandare reciprocamente il divorzio per eccessi, sevizie, o ingiurie gravi dell'uno verso dell'altro.

232 [221]. — La condanna di uno dei coniugi a pena infamante sarà per l'altro una causa di divorzio.

233 [222]. — Il consenso scambievolmente e perseverante de' coniugi, espresso nella maniera prescritta dalla legge, e sotto le condizioni e dopo gli esperimenti determinati da essa, proverà sufficientemente che la vita comune è loro insopportabile e che esiste relativamente ai medesimi una causa perentoria di divorzio.

CAPITOLO II.

DEL DIVORZIO PER CAUSA DETERMINATA.

SEZIONE PRIMA.

Delle forme di divorzio per causa determinata.

234. Qualunque sia la natura de' fatti o dei delitti, che daranno luogo a domandare il divorzio per causa determinata, questa domanda non potrà essere proposta che avanti al tribunale del circondario in cui i coniugi avranno il loro domicilio.

235. Se alcuno de' fatti allegati dal coniuge attore, dà luogo ad una procedura criminale per parte del ministero pubblico, l'azione per divorzio resterà sospesa sino al giudicato del tribunale criminale; allora essa può essere riassunta, senza che sia permesso di dedurre dal giudicato crimi-

dettare al nostro legislatore col decreto del 16 giugno 1815 l'abolizione di siffatta istituzione, necessità che fu intesa dalla stessa Francia che la creava.

Riconobbe però il nostro legislatore, siccome è riconosciuto anche dalla Chiesa, il bisogno di ammettere la mera separazione personale, sanzionando nel titolo XI delle leggi civili le cause che la producono, le cui disposizioni siccome si diversificano quasi all'intutto dalle francesi, così noi abbiām creduto utile, onde non ingenerar confusione, trascriverle, in apposita Appendice, alla fine del titolo VI francese. (Nota del Trad.).

(3) Le stesse cause che facevano domandare il divorzio in Francia, fanno presso di noi dimandare la separazione personale. Vedi l'Appendice alla fine di questo titolo. Gli articoli del Codice Napoleone mancanti di corrispondenza, sono stati soppressi nelle nostre Leggi Civili. (Nota del T.)

nale alcun motivo d' inammissibilità od eccezione pregiudiziale contro il conjuge attore.

236. Qualunque domanda per divorzio spiegherà minutamente i fatti, e verrà presentata personalmente dal conjuge attore con i documenti giustificativi, se ve ne sono, al presidente del tribunale od al giudice che ne farà le veci, eccetto che il detto conjuge fosse impedito da malattia, nel qual caso, a sua richiesta e dietro il certificato di due medici o chirurghi, ovvero di due ufficiali di sanità, il magistrato si trasferirà al domicilio dell'attore per ivi ricevere la sua domanda.

237. Il giudice, sentito l'attore, e fatte ai medesimo le osservazioni che crederà convenienti, valimerà la domanda e i documenti allegati, e stenderà un processo verbale della consegna di tutto in sue mani. Questo processo verbale sarà sottoscritto dal giudice e dall'attore, eccetto che questi non sappia o non possa sottoscrivere, nel qual caso sarà di ciò fatta menzione.

238. Il giudice ordinerà appiè del suo processo verbale, che le parti compariranno personalmente avanti a lui nel giorno e nell'ora, che indicherà, e che a questo effetto sarà per suo ordine trasmessa copia del suo decreto alla parte contro cui si domanda il divorzio.

239. Nel giorno indicato, il giudice, fatta ai due conjugi, se compariscono, ovvero all'attore se si presenta egli solo, quelle rimostranze che crederà valevoli a procurare una conciliazione, e non potendo riuscirvi, ne stenderà processo verbale, e decreterà che vengano comunicate la domanda e suoi allegati al pubblico ministero e la relazione di tutto al tribunale.

240. Nei tre giorni susseguenti, il tribunale sulla relazione del presidente e del giudice che ne avrà fatte le veci, e sulle conclusioni del pubblico ministero, accorderà o sospenderà il permesso di citare. La sospensione non potrà eccedere il termine di giorni venti.

241. L'attore in virtù del permesso del tribunale farà citare il convenuto nella forma ordinaria a comparire personalmente all'udienza, a porte chiuse, entro il termine legale, ed unitamente alla citazione farà dar copia della domanda di divorzio e dei documenti prodotti in suo appoggio.

242. Alla scadenza del termine, comparisca o no il convenuto, l'attore in persona assistito da un consulente, se lo giudica opportuno, esporrà o farà esporre i motivi della sua domanda; presenterà i documenti che l'appoggiano, e nominerà i testimoni, che intende di far esaminare.

243. Se il convenuto comparisce personalmente, o per mezzo di un legittimo procuratore, potrà proporre o far proporre le sue osservazioni tanto sui motivi della domanda, quanto sopra i documenti prodotti dall'attore e riguardo ai testimoni da esso nominati. Il convenuto nominerà per parte sua i testimoni che si propone di far esaminare, e riguardo ai quali l'attore farà reciprocamente le sue osservazioni.

244. Si stenderà processo verbale delle compare, deduzioni ed osservazioni delle parti, come pure di quanto l'una o l'altra avrà ammesso. Sarà fatta lettura di questo processo verbale alle dette parti, le quali saranno richieste di sotto-

scriverlo; e sarà fatta espressa menzione della loro sottoscrizione, e della loro dichiarazione di non potere o di non volere sottoscrivere.

245. Il tribunale rimetterà le parti all'udienza pubblica, di cui si fisserà il giorno e l'ora; ordinerà la comunicazione degli atti al ministero pubblico, e deputerà un relatore. Nel caso in cui il convenuto non fosse comparso, l'attore sarà tenuto di fargli notificare il decreto del tribunale, nel termine in esso stabilito.

246. Nel giorno e nell'ora indicati, sulla relazione del giudice deputato, sentito il ministero pubblico, il tribunale deciderà primieramente sopra i motivi d' inammissibilità, se siano stati proposti. In caso che siano riconosciuti concludenti, sarà rigettata la domanda di divorzio; ed in caso contrario, ovvero quando non siano stati proposti i motivi d' inammissibilità, sarà ammessa la domanda di divorzio.

247. Subito dopo l'ammissione della domanda di divorzio, sulla relazione del giudice deputato, sentito il ministero pubblico, il tribunale pronuncerà in merito. Ammetterà la domanda, quando gli sembri in istato di essere giudicata; diversamente ammetterà l'attore alla prova dei fatti relativi da lui allegati, ed il convenuto a provare il contrario.

248. In qualunque stato della causa, le parti, dopo la relazione del giudice, e prima che il ministero pubblico intraprenda a parlare, potranno proporre o far proporre le loro rispettive ragioni, prima sopra i motivi d' inammissibilità, e quindi sul merito; non sarà però ammesso giammai il consulente dell'attore, se questi non sia comparso personalmente.

249. Pronunciato il decreto che prescrive gli assai, il cancelliere del tribunale accorderà senza dilazione la lettura di quella parte del processo verbale in cui si contiene la nomina già fatta dei testimoni che le parti intendono di far esaminare. Esse saranno avvertite dal presidente, che è in loro facoltà di nominarne altri ancora, ma che dopo ciò non saranno più ammesse a farlo.

250. Le parti proporranno in seguito le rispettive loro eccezioni contro i testimoni che vorranno escludere. Il tribunale, sentito il ministero pubblico, pronuncerà sopra tali eccezioni.

§ 51. I parenti delle parti, eccettuati i loro figli e discendenti, non possono essere recusati a motivo di parentela, non meno che i domestici dei conjugi, a cagione di tale qualità; ma il tribunale avrà quel riguardo che sarà di ragione alle deposizioni de' parenti e de' domestici.

252. Qualunque decreto che ammetterà una prova testimoniale, farà menzione dei testimoni che dovranno essere esaminati, e determinerà il giorno e l'ora in cui dovranno essere presentati dallo parti.

253. Le disposizioni dei testimoni saranno ricevute dal tribunale sedente a porte chiuse, in presenza del ministero pubblico, delle parti e dei loro consulenti od amici sino al numero di tre per parte.

254. Le parti, o per sè stesse o per mezzo dei loro consulenti, potranno fare ai testimoni quelle osservazioni ed interpellazioni che troveranno opportuno, senza che possano però interromperli nel corso delle loro deposizioni.

255. Ciascuna deposizione sarà ridotta in iscritto, egualmente che i detti e le osservazioni, alle quali avrà dato luogo. Il processo verbale delle informazioni sarà letto ai testimoni ed alle parti: gli uni e gli altri saranno richiesti di sottoscrivere, e si farà menzione della loro sottoscrizione, della loro dichiarazione di non aver potuto o voluto sottoscrivere.

256. Chiuse le informazioni d'ambidue le parti o quelle dell'attore, se il convenuto non ha presentato testimoni, il tribunale rimetterà le parti all'udienza pubblica, indicandone il giorno e l'ora; ordinerà la comunicazione degli atti al pubblico ministero, e deputerà un relatore. Questo decreto verrà notificato al convenuto, ad istanza dell'attore nel termine che in esso verrà stabilito.

257. Nel giorno fissato per la sentenza definitiva, si farà la relazione dal giudice deputato: le parti in seguito o per sè stesse o per mezzo dei loro consulenti, potranno fare quelle osservazioni che crederanno utili alla loro causa; e quindi il pubblico ministero farà le sue conclusioni.

258. La sentenza definitiva sarà pronunciata pubblicamente; e quando questa ammetta il divorzio, sarà l'attore autorizzato a presentarsi davanti l'ufficiale dello stato civile per farlo nuovamente pronunciare.

259. Se la domanda di divorzio sarà stata fatta a motivo di eccessi, sevizie od ingiurie gravi, ancorchè appoggiata a giusto fondamento, i giudici potranno differire di ammettere il divorzio; ed in questo caso, prima di giudicare, autorizzeranno la moglie a separarsi dalla coabitazione del marito, senza che sia tenuta a riceverlo presso di sè, ove ella nol credea conveniente; e condanneranno il marito a pagarle una pensione alimentare proporzionata alle di lui sostanze, quando la moglie non abbia redditi bastanti a provvedere ai propri bisogni.

260. Dopo un anno di esperimento, se le parti non si sono riunite, il conjuge attore potrà far citare l'altro conjuge a comparire avanti il tribunale nei termini stabiliti dalla legge, per ivi udire pronunciarsi la sentenza definitiva che ammetterà il divorzio.

261. Quando si sarà proposto il divorzio perchè uno de' conjugi è stato condannato a pena infamante, le sole formalità da osservarsi consisteranno nel presentare al tribunale civile una copia legale della sentenza di condanna, ed un certificato del tribunale criminale, il quale provi che la medesima sentenza non è più suscettibile di riforma per le vie legali.

262. In caso di appellazione dalla sentenza di ammissibilità o dalla sentenza definitiva pronunciata dal tribunale di prima istanza in punto di

divorzio, il tribunale d'appello procederà e giudicherà, come nelle cause d'urgenza.

263. L'appellazione non sarà ammissibile se non sarà stata interposta nel termine di tre mesi, da computarsi dal giorno della intimazione della sentenza proferita in contraddittorio od in contumacia. Il termine per ricorrere al tribunale di cassazione contro una sentenza in ultima istanza sarà parimenti di tre mesi dal giorno della intimazione. Il ricorso per la cassazione sospenderà l'esecuzione della sentenza.

264. Pronunciata che sarà una sentenza in ultima istanza, la quale autorizzi il divorzio, o passata che sia in giudicato, il conjuge che l'avrà ottenuta, sarà in obbligo di presentarsi nel termine di due mesi, avanti l'ufficiale dello stato civile per far pronunciare il divorzio, chiamata legalmente l'altra parte.

265. Questi due mesi non cominceranno a decorrere per le sentenze di prima istanza, se non dopo scaduto il termine stabilito per l'appellazione; e riguardo alle sentenze proferite in contumacia in grado di appello dopo trascorso il termine di potersivi opporre; e quanto alle sentenze pronunciate in contraddittorio ed in ultima istanza, dopo la scadenza del termine per ricorrere al tribunale di cassazione.

266. Il conjuge attore che avrà lasciato trascorrere il termine dei due mesi sopra stabilito, senza chiamare l'altro conjuge avanti l'ufficiale dello stato civile, sarà decaduto dal beneficio della sentenza da lui ottenuta, e non potrà riproporre l'azione di divorzio se non per una nuova causa; nel qual caso potrà anche far uso delle cause precedenti.

SEZIONE II.

Delle misure provvisorie alle quali può far luogo la domanda di divorzio per causa determinata.

267. La cura provvisoria de' figli, pendente la lite del divorzio, rimarrà presso il marito attore o convenuto, a meno che non venga altrimenti ordinato dal tribunale sulla istanza o della madre, o della famiglia, o del pubblico ministero, per il vantaggio maggiore dei figli.

268. In pendenza della lite, la moglie attrice o convenuta in causa di divorzio, potrà lasciare l'abitazione del marito, e domandare una pensione alimentare proporzionata alle di lui sostanze. Il tribunale destinerà la casa in cui la moglie dovrà abitare, e fisserà, se vi è luogo, la provvisione alimentare da pagarsi dal marito.

269. La moglie sarà tenuta di giustificare la sua residenza nella casa che le fu destinata, ogni qualvolta ne sarà richiesta; mancando di giustificarla, il marito potrà ricusarle la provvisione alimentare, e se la moglie è attrice, potrà far dichiarare che

non sono più ammissibili le di lei domande.

270. La moglie in comunione di beni col marito, tanto attrice, quanto convenuta, in qualunque stato sia la causa, potrà dal giorno del decreto mentovato all'articolo 258, chiedere per cautela delle di lei ragioni, che siano apposti i sigilli sugli effetti mobili cadenti nella comunione. Questi sigilli non saranno tolti, se non facendosi l'inventario e la stima, e coll'obbligo al marito di restituire gli effetti inventariati, o di garantire il loro valore come depositario giudiziale.

271. Qualunque obbligazione contratta dal marito a carico della comunione, qualunque alienazione da lui fatta di stabili dipendenti dalla comunione, dopo il decreto mentovato all'articolo 258, sarà dichiarata nulla, quando si provi fatta o contratta in frode dei diritti della moglie.

SEZIONE III.

De' motivi d' inammissibilità dell' Azione di divorzio per causa determinata.

272 [225]. — Sarà estinta l'azione di divorzio colla riconciliazione dei due coniugi, avvenuta tanto dopo i fatti che avrebbero potuto autorizzarla, quanto dopo la domanda del divorzio stesso.

273 [224]. — Nell'uno e nell'altro caso sarà dichiarata inammissibile la domanda dell'attore: potrà questi nondimeno intentare una nuova azione per la evenienza di altra causa dopo la riconciliazione, ed allora potrà far uso delle cause precedenti per appoggiare la nuova sua domanda.

274 [225]. — Se l'attore nega che siavi seguita riconciliazione, il convenuto potrà darne la prova col mezzo o di scritture, o di testimoni nella forma prescritta nella prima sezione di questo capo.

CAPITOLO III.

DEL DIVORZIO PER RECIPROCO CONSENSO.

275. Il reciproco consenso de' coniugi non sarà ammesso, se il marito è minore di ventinque anni, o se la moglie è minore d'anni ventuno.

276. Non sarà ammesso il reciproco consenso se non dopo due anni di matrimonio.

277. Parimenti non si ammetterà il divorzio per reciproco consenso dopo vent'anni di matrimonio, nè quando la moglie sarà nell'età d'anni quarantacinque.

278. In nessun caso il reciproco consenso dei coniugi sarà sufficiente, quando non sia autorizzato dal loro padri e dalle loro madri, o da altri loro ascendenti viventi, a norma delle regole prescritte dall'articolo 160 al titolo del *Matrimonio*.

279. I coniugi, determinati ad effettuare il divorzio per reciproco consenso, dovranno preventivamente far seguire l'inventario e la stima di tutti i loro beni mobili ed immobili, e sistemare i loro rispettivi diritti, su quali però sarà in loro facoltà di transigere.

280. Saranno parimenti tenuti di fare constare con iscrittura la loro convenzione su i tre seguenti punti:

1.° A chi saranno affidati i figli nati dalla loro unione, tanto durante il tempo degli esperimenti, quanto dopo la dichiarazione del divorzio;

2.° In qual casa debba la moglie ritirarsi, e dimorare durante il tempo degli esperimenti;

3.° Qual somma dovrà il marito sborsare alla moglie durante il suddetto tempo, nel caso ch'ella non possieda redditi sufficienti per provvedere ai di lei bisogni.

281. I coniugi si presenteranno in persona, ed unitamente al presidente del tribunale civile del loro circondario, od avanti il giudice che ne farà le veci, e dichiareranno le loro volontà in presenza di due notari, che avranno seco loro condotti.

282. Il giudice in presenza dei due notari farà ai coniugi, tanto unitamente che separatamente, quelle rimozioni e contestazioni che giudicherà convenienti: farà loro lettura del capo IV del presente titolo, il quale regola gli effetti del divorzio, e svilupperà ad essi tutte le conseguenze del loro procedere.

283. Perseverando i coniugi nella loro risoluzione, il giudice rilascerà loro il certificato d'aver domandato il divorzio, e di acconsentirvi reciprocamente: saranno inoltre essi tenuti di deporre senza dilazione nelle mani de' notari, oltre gli atti mentovati agli articoli 279 e 280:

1.° Gli atti della loro nascita e del loro matrimonio;

2.° Gli atti di nascita e di morte di tutti i figli nati dalla loro unione;

3.° La dichiarazione autentica de' rispettivi genitori, o degli altri ascendenti che sono in vita, portante che per motivi ad essi noti autorizzano il tale o la tale, loro figlio o figlia, nipote maschio o femmina, maritato o maritata, col tale o colla tale, a chiedere il divorzio e ad acconsentirvi. I padri, le madri, gli avi, e le avole de' coniugi si presumeranno vivi, sino a tanto che verranno presentati gli atti giustificanti la loro morte.

284. I notari stenderanno un circostanziato processo verbale di tutto ciò che è stato detto o fatto in esecuzione de' presenti articoli: la minuta resterà presso il più vecchio dei due notari, come pure le carte prodotte, le quali resteranno unite al processo verbale, in cui sarà fatta menzione dell'avvertimento, che verrà dato alla moglie di ritirarsi dentro ventiquattr'ore nella casa convenuta fra essa ed il marito, ed ivi dimorare sino a che sia pronunciato il divorzio.

285. La dichiarazione fatta in tal modo, sarà colle stesse formalità rinnovata ne' primi quindici giorni successivi di ciascun mese quarto, settimo e decimo. Le parti saranno tenute a riprodurre

ogui volta la prova, mediante atto pubblico, della perseveranza de' loro genitori, o de' loro ascendenti nella prima determinazione; ma esse non saranno tenute a ripetere la produzione di alcun altro atto.

286. Fra quindici giorni da che sarà trascorso l'anno, da computarsi dal giorno della dichiarazione, i coniugi, ciascuno assistito da due amici più ragguardevoli nel circondario, d'età d'anni cinquanta almeno, si presenteranno unitamente ed in persona al presidente del tribunale, od al giudice che ne farà le voci, ad esso rimetteranno le copie in debita forma de' quattro processi verbali contenenti il reciproco loro consenso, e di tutti quegli atti che vi saranno stati uniti, e ciascuno di essi separatamente, sempre però in presenza l'uno dell'altro, e delle quattro ragguardevoli persone, chiederanno al magistrato l'ammissione del divorzio.

287. Dopo che il giudice e gli assistenti avranno fatte ai coniugi le loro osservazioni, perseverando questi, sarà rilasciato l'atto provante la loro istanza, e la consegna da essi fatta delle carte che l'appoggiano. Il cancelliere del tribunale stenderà su di ciò il processo verbale, il quale verrà sottoscritto tanto dalle parti (qualora non dichiarino di non sapere o di non potere sottoscrivere, nel qual caso se ne farà menzione) quanto dai quattro assistenti, dal giudice e dal cancelliere.

288. Il giudice apporrà successivamente in fine di questo processo verbale il suo decreto esprime che, fra tre giorni, sarà da esso fatta relazione di ogni cosa al tribunale nella camera del consiglio, sentito nelle sue conclusioni in iscritto il pubblico ministero, cui per tale effetto saranno dal cancelliere comunicati gli atti.

289. Se il pubblico ministero riscontra negli atti essersi provato che allorché i coniugi fecero la loro prima dichiarazione, il marito aveva venticinque anni, la moglie ventuno; che a quell'epoca erano maritati già da due anni, che la durata del loro matrimonio non oltrepassava gli anni venti, che la moglie non era giunta agli anni quarantacinque, che il reciproco consenso è stato espresso quattro volte nel corso dell'anno, premesse le cose qui sopra ordinate, con tutte le solennità richieste dal presente capo, e singolarmente coll'autorizzazione dei loro genitori, o degli altri loro ascendenti in vita, ove i genitori siano premorti, in allora il suddetto pubblico ministero darà le sue conclusioni in questi termini, *la legge permette*: nel caso contrario, le di lui conclusioni saranno così concepite, *la legge proibisce*.

290. Il tribunale sulla relazione della causa non potrà fare altre verificazioni che quelle indicate nel precedente articolo. Se il tribunale opina che risulti avere le parti soddisfatto alle condizioni, ed osservate le formalità determinate dalla legge, ammetterà il divorzio, e rimetterà le parti avanti l'ufficiale dello stato civile, acciocché lo pronuncii: nel caso contrario, il tribunale dichiarerà non esservi luogo al divorzio, e darà i motivi della sua decisione.

291. L'appellazione della sentenza, che avrà dichiarato non farsi luogo al divorzio, non potrà rievorsi che quando verrà interposta da entrambi i coniugi, e con atti separati, non prima di dieci giorni, nè dopo venti giorni dalla data della sentenza di prima istanza.

292. Gli atti di appellazione s'intimeranno reciprocamente tanto ai coniugi che al pubblico ministero presso il tribunale di prima istanza.

293. Il pubblico ministero presso il tribunale di prima istanza, fra i dieci giorni da computarsi dal giorno della fattagli comunicazione del secondo atto d'appellazione, trasmetterà al pubblico ministero presso il tribunale d'appello, la copia della sentenza, ed i documenti su quali è stata fondata. Il pubblico ministero presso il tribunale d'appello, fra dieci giorni dalla ricevuta delle carte, inoltrerà al suddetto tribunale le sue conclusioni in iscritto: il presidente, od il giudice che ne fa le voci, farà la sua relazione al tribunale d'appello nella camera del consiglio, e fra dieci giorni dopo la trasmissione delle suddette conclusioni, il tribunale giudicherà definitivamente.

294. In forza della sentenza di ammissione del divorzio, e fra venti giorni dalla di lei data, i coniugi si presenteranno in persona ed unitamente davanti all'ufficiale dello stato civile, affinché pronuncii il divorzio. Scorso il suddetto termine, la sentenza si considererà come non pronunciata.

CAPITOLO IV.

DEGLI EFFETTI DEL DIVORZIO.

295. I coniugi che faranno divorzio per qualunque causa, non potranno più ricongiungersi.

296. In caso di divorzio pronunciato per causa determinata, la donna che avrà fatto divorzio, non potrà rimaritarsi, se non dieci mesi dopo pronunciato il medesimo.

297. In caso di divorzio per iscambievole consenso, nè l'uno nè l'altro dei coniugi potrà contrarre un nuovo matrimonio se non che tre anni dopo la pronunziazione del divorzio.

298. In caso di divorzio ammesso in giustizia per causa d'adulterio, il coniuge colpevole non potrà mai maritarsi col complice del suo delitto. La donna adultera sarà condannata nella stessa sentenza, e ad istanza del ministero pubblico, alla reclusione in una casa di correzione per un tempo determinato, che non potrà essere minore di tre mesi, nè maggiore di due anni.

299 [228]. — Per qualunque causa abbia avuto luogo il divorzio, eccetto il caso di reciproco consenso, il coniuge contro cui sarà stato ammesso il divorzio, perderà tutti gli utili che il consorte gli aveva accordati, sia nel contratto matrimoniale, sia dopo il matrimonio.

300 [229]. — Il coniuge che avrà ottenuto il divorzio, conserverà gli utili accordatigli dall'altro coniuge, quantunque essi fossero stati stipulati reciprocamente, e che la reciprocità non abbia più luogo.

301 [230]. — Se i coniugi non avessero stipulato alcun utile, o se questo non ap-

parisse sufficiente ad assicurare la sussistenza del conuge che ha ottenuto il divorzio, il tribunale potrà decretare a di lui favore su i beni dell'altro conuge una pensione alimentare non eccedente il terzo delle rendite del medesimo. Questa pensione sarà rievocabile nel caso in cui cessasse il bisogno.

302 [252]. — I figli saranno affidati al conuge che ha ottenuto il divorzio, quando però il tribunale, sulla domanda della famiglia, o del pubblico ministero, non ordini pel maggiore vantaggio de' figli, che tutti od alcuno di essi siano affidati alle cure o dell'altro conuge, o di una terza persona.

303 [253]. — Qualunque sia la persona a cui saranno i figli affidati, il padre e la madre conserveranno rispettivamente il diritto di vegliare sul mantenimento e sulla educazione de' medesimi, e saranno tenuti a contribuirvi in proporzione delle loro sostanze.

304. Lo scioglimento del matrimonio a causa di divorzio ammesso giudizialmente, non priverà i figli nati da questo matrimonio d'alcun vantaggio che lor venisse assicurato dalle leggi, o dalle convenzioni matrimoniali de' loro genitori; ma non si farà luogo al diritto del figli, se non nella medesima guisa e nelle medesime circostanze in cui vi si sarebbe fatto luogo, se non fosse avvenuto il divorzio.

305. In caso di divorzio pel reciproco consenso de' coniugi, i figli nati dal loro matrimonio, computando dal giorno della prima loro dichiarazione, acquisteranno *ipso jure* la proprietà della metà de' beni de' loro genitori: questi però conserveranno ciò nondimeno l'usufrutto di questa metà sino alla maggior età de' loro figli, col carico di provvedere al nutrimento, educazione e mantenimento in proporzione delle loro sostanze e del loro stato, e ciò senza pregiudizio degli altri vantaggi che fossero stati assicurati ai medesimi figli nei patti matrimoniali de' loro genitori.

CAPITOLO V.

DELLA SEPARAZIONE PERSONALE.

306. Nel caso in cui ha luogo la domanda di divorzio per causa determinata, sarà in arbitrio dei coniugi di domandare la separazione personale.

SOMMARIO.

- I. Che cosa è la separazione personale. — Suo rapporto col divorzio.
- II. Può esser domandata per tre cause: 1. Adulterio d'uno de' coniugi.
- III. 2. Eccesso, novità, e ingiurie gravi.
- IV. 3. Condanna ad una pena infamante. È d'uopo che sia posteriore al matrimonio. Errori del Duranton, altri errori del Demolombe.
- V. La separazione non ha luogo per altro consenso. Cosanguineità.

I. — La separazione personale è lo stato di due coniugi che, conservando pure questa qualità, non son più nell'obbligo nè nel diritto di vivere in comune. A differenza dal divorzio che rompeva il legame del matrimonio, la separazione personale soltanto lo rallenta e ne lascia sussistere tutti gli effetti, salvo quelli risultanti dalla vita comune.

Poichè fin dal 1801 la separazione personale venne ammessa come il *divorzio dei Cattolici*, e dal 1816 in qua è il solo divorzio permesso per tutti, ne segue evidentemente che, giusta il pensiero de' legislatori delle due epoche suddette, nelle disposizioni del divorzio propriamente detto convenien cercare il complemento delle regole tanto concisamente segnate per questo divorzio imperfetto.

II.—Secondo gli art. 229 a 232 [217 e 218], a' quali il nostro articolo ci rimanda, la separazione personale può domandarsi per tre cause: 1.^a per l'adulterio d'uno dei coniugi (229, 230); 2.^a per i suoi eccessi, sevizie o ingiurie gravi contro il suo conuge (231) [220]; 3.^a per la sua condanna ad una pena infamante (232) [221]. In quanto al semplice consenso de' coniugi, sebbene esso potesse pure giusta l'articolo 233 [222] motivare una domanda di divorzio, non può mai essere però una causa di separazione personale (art. 307 [223]).

1. L'adulterio d'uno de' coniugi produce effetti ben diversi secondo che è apposto al marito o alla moglie. Contro costei, è l'adulterio per sè solo, a causa della gravità che gli danno le sue funeste conseguenze, che motiva la separazione. Contro il marito al contrario, l'adulterio non produce tal effetto non per la riunione di tre circostanze.

Bisogna innanzi tratto che vi sia una *concubina*, cioè una donna con la quale il marito ha avuto relazioni continue per un tempo non breve, giacchè de' rapporti fugaci, degli atti isolati d'infedeltà con una o più donne punto non basterebbero. E mestieri inoltre che queste relazioni, lunghe ed abituali, abbiano avuto per teatro la *casa comune* de' coniugi. È necessario in fine che il marito abbia *tenuta* con sè, *mantenuta* questa donna nella casa, che per l'autorità di lui vi sia ella venuta o v'abbia dimorato; le relazioni del marito con una domestica o una parante o una amica di sua moglie, le quali non sono entrate e rimaste nella casa che sotto l'autorità e la sorveglianza di essa moglie, non presenterebbero mica al nostro modo di vedere e chechè dica il Demolombe (IV-373) il caso preveduto dalla legge; non può già dirsi esser questa una *concubina tenuta* nella casa *dal marito*, poichè dalla sola moglie vi è stata ammessa e fatta

dimorare. Altrimenti sarebbe qualora il marito avesse interposta la sua autorità per fare entrare o per ritenere questa donna malgrado la volontà della moglie; ovvero se pei consigli del marito la sua concubina fosse venuta a farsi accettare come domestica o sotto qualunque altro titolo dalla moglie.

Per casa comune vuoi si intendere, non solamente la casa in cui i coniugi realmente abitano, ma altresì la casa dove la moglie non risiedesse abitualmente, ma che però fosse quella in cui il marito è obbligato a riceverla. Così, quando il domicilio de' coniugi e la residenza del marito sono a Parigi in una casa dove la donna vien solo per intervalli, perchè tiene una bottega a Saint-Denis, è chiaro che il fatto del marito, il quale alloggia una concubina nella sua dimora a Parigi, costituisce pur l'ingiuria sanguinolenta che il Codice richiede. Perciò l'art. 339 [323] del Codice penale, riproducendo la stessa idea del nostro art. 230 [218] sostituisce all'espressione *casa comune* quella di *casa coniugale*, che sembraci render meglio il pensiero della legge (1). Evidente è del pari che la casa comprende qui nè più nè meno ciò che è adetto all'abitazione, il complesso dei luoghi dove altri sta in casa sua, per guisa che sarà, a seconda delle congiunture, o una casa tutta intera con lesue dipendenze, o soltanto una parte di casa, ovvero un solo appartamento, allato al quale essendovene un altro, non sarebbe più la casa coniugale (V. Demolombe IV-371).

In quanto alle altre due cause di separazione personale, esse son le medesime pel marito come per la moglie.

III. — 2.° Gli eccessi, le sevizie o ingiurie gravi d' un coniuge contro l'altro motivano avverso lui la domanda di separazione.

S'intendono per *eccessi* gli atti di violenza che mettono in pericolo la vita o almeno la sanità della persona. Le *sevizie* son le durezze, i maltrattamenti d' ogni fatta che senza esporre a verun pericolo fisico, rendono tuttavia insopportabile la vita comune. In quanto all' *ingiuria*, la si presenta sotto forme sì diverse, e d' altra parte si comprende tanto chiaramente, che non cercheremo punto di qualificare i fatti che la costituiscono. Soltanto faremo osservare che l'adulterio del marito, spoglio delle tre circostanze suindicate e che pertanto non può più motivare la separazione come adulterio, potrebbe pei suoi concomitanti motivarla a titolo d'ingiuria grave.

Del rimanente, a' tribunali, ben s'intende,

(1) Douai 24 luglio 1812; Cass. 31 decemb. 1818, Rig. 27 gennaio 1819; Agen. 27 gennaio 1824; Brusselle 14 ottobre 1830.

(2) Besauzone 4 febbrajo 1806; Lione 4 aprile

spetta il decidere se i fatti allegati rivestano daddovero il carattere di eccessi o di sevizie, o se l'ingiuria sia grave tanto da far pronunziare la separazione; ed è inutile aggiungere che le diverse circostanze della causa, a mo' d'esempio, la posizione sociale, l'educazione ed i costumi de' coniugi, dovrebbero per ciò che riguarda le sevizie e le ingiurie, esser prese in gran considerazione. Taluni atti, che possono tornar indifferenti ad una donna della classe operaia, diverranno spesso delle sevizie, de' fatti che rendono insopportabile la vita comune per la moglie educata con isquisitezza ed appartenente alla classe distinta della società. Uno schiaffo ricevuto dalla prima sarà spesso una cosa da nulla, ovechè per la seconda potrebbe costituire un'ingiuria.

La giurisprudenza decide con ragione che la comunicazione alla moglie della malattia venerea non è mai per sè stessa un'ingiuria grave da motivar la separazione, ma che può divenirlo per circostanze che l'accompagnino (2).

IV. — 3.° La condanna di un coniuge ad una pena infamante ci presenta la terza ed ultima causa di separazione personale.

Dobbiamo pur dirlo, la legge, nel fermar questa regola, o se vuoi si, nell'organare il sistema di pene a cui questa regola rimanda, s'è mostrata assai poco filosofica, e per non usar reticenze, assai poco morale. E di vero, che è mai in ultima analisi una pena infamante? Perchè la legge attribuisce ella l'infamia alla tal pena e non alla tal altra? La è una cosa di cui è impossibile dare una ragione. Ma, chechè ne sia, le pene infamanti, salvo quelle produttive di morte civile e che pertanto sciolgono il matrimonio, sono: i lavori forzati a tempo, la detenzione, la reclusione, il bando e la degradazione civica (art. 8. C. pen.). La prigionia non è in questo numero. Sicchè il ladro, che successivamente e per recidiva è stato condannato a due anni, cinque anni, dieci anni di prigione, non sarebbe punto infame; e il sindaco che, per applicazione dell'art. 130. C. pen., fosse condannato alla degradazione civica per aver deliberato sul punto di sapere se una legge doveva esser pubblicata, sarebbe notato d'infamia!... Se questa teorica non avesse pratiche conseguenze, la legge sarebbe soltanto ridicola, giacchè non v'è mica da temere che l'opinione pubblica la segua in simili idee; ma si veda per sventura quai risultati ne discenderanno: la moglie proba e dilicata, il cui coniuge ha subito più volte la

1819; Tolosa 30 gennaio 1821; Bordeaux 8 giugno 1830; Rouen 30 dicembre 1840 (Dev. 39, 2, 391; e Racc. di Rouen.)

prigionia per furto, sarà tenuta abitar sempre con lui, o la moglie del sindaco che à deliberato sulla pubblicazione d'una legge potrà separarsi dal suo consorte! ! !

Del resto, per quanto cattiva voglia trovasi la legge sotto questo rispetto, essa è formale, onde sarà forza applicarla. Ma almeno guardiamoci dall'estenderla ancora al di là de' suoi limiti, ammettendo la separazione, come fa il Duranton (t. II, 361, 362), per una condanna pronunziata anteriormente al matrimonio. La condanna d'uno de' coniugi è quella che può motivare la separazione personale; e la pruova che la legge intende ben parlare d'un coniuge, il quale avea già questa qualità al momento della sua condanna, si è ch'essa non s'occupa punto nè poco di fermare una distinzione che, pel caso di condanna anteriore al matrimonio, sarebbe per avventura indispensabile. E di vero, la separazione non potrebbe evidentemente ammettersi che pel coniuge, il quale avesse ignorata la condanna del suo consorte. Ebbene! dove mai allude l'art. 232 a questa distinzione fra l'ignoranza e la cognizione del coniuge? . . . Vero è che il Duranton la fa questa distinzione; ma dove la trova egli nella legge? L'articolo 232 non ne fa alcun motto, il suo silenzio a questo proposito è abbastanza significativo.

Ma infine, dice il Duranton, lascerete dunque senza scampo la donna onorata che per errore ha sposato un forzato liberato? . . . No. Laragione ed i principii del dritto dicono che quando un contratto è stato generato dall'errore, non bisogna già domandare una modificazione negli effetti di esso, sibbene la sua nullità; e l'art. 180 dà infatti al coniuge ingannato il dritto di far annullare il matrimonio. Cotalchè il Duranton, il quale al pari di noi accorda quest'azione di nullità, è stato tratto alla dottrina che noi qui rigettiamo da una strana confusione tra le cause di separazione e le cause di nullità del matrimonio. I principii evidentemente si recusano ad ammettere, sia delle cause di separazione anteriori alla celebrazione, sia reciprocamente delle cause di nullità che le fossero posteriori.

Il Demolombe (IV-392), in quel medesimo che riconosce non poter la separazione risultare da una causa anteriore al matrimonio, e che confuta come noi il Duranton, arriva tuttavia allo stesso risultamento di lui, dicendo che la separazione potrebbe allora esser pronunziata per ingiuria grave. Avvi secondo lui nella colpevole dissimulazione del coniuge disonorato un'ingiuria che si è attuata con la celebrazione e si è prolungata dopo il matrimonio . . . Questa idea è inesatta. È di fermo l'ingiuria sta qui nel fatto dell'individuo di esser divenuto mio coniuge, malgrado il marchio d'infamia che portava sulla

fronte: una volta compiuto questo fatto e dall'istante ch'egli è divenuto mio coniuge tutto si è consumato; non essendo più stato in potere di questo individuo di non esser altrimenti mio coniuge. Ma poichè l'ingiuria consiste appunto nell'esser venuto a sposarmi, essa è dunque l'ingiuria d'un individuo che non era peranco mio consorte. Laonde è un caso, non di separazione per ingiuria, ma si di nullità per errore.

Questa impossibilità della separazione è riconosciuta dal Toullier (II-673) e dal Proudhon (I, pag. 491); ma i loro motivi sono evidentemente inaccettabili. Il Toullier difatti si tien pago a dire che ciascun coniuge ha dovuto conoscere prima del matrimonio la condizione del suo futuro coniuge, laddove è certamente ben possibile che non l'abbia conosciuta; e il Proudhon giunge fino a dire, essere un principio di dritto che altri si reputa conoscere la posizione della persona con cui tratta, e che non si è ammissibile ad allegar poscia il pretesto dell'ignoranza. Ciò mena dilitato a dire, che non si potrà mai domandar l'annullamento d'un matrimonio per errore . . . Ci fa meraviglia in verità che il Duvergier e il Valette nelle loro annotazioni non abbian punto messe in risalto simili inesattezze.

V. — Abbiain già fatto osservare che, giusta il testo formale dell'articolo seguente, la separazione personale non può mai aver luogo col solo consenso dei coniugi. Di qui segue che, in questa materia, la ricognizione che il convenuto formalmente stipulasse dei fatti appostigli non basterebbe mica per istabilir questi fatti e motivar la condanna. Altrimenti troppo facile tornerebbe a' due coniugi, mercè la dolosa ricognizione di fatti immaginari, pervenire ad una separazione senza causa legale, e risultante dalla lor sola volontà.

Ma non è già da dire che il riconoscimento del convenuto sarebbe sempre insignificante: dovrà per contro venir preso in considerazione, qualora altri elementi di convinzione vi si accoppino.

307 [222]. Sarà essa proposta, attitata e giudicata nella stessa guisa, come qualunque altra azione civile: essa non potrà aver luogo pel solo consenso reciproco de' coniugi.

SOMMARIO.

- I. In quali forme deve intendersi ed intarsi la domanda di separazione.
- II. Tempestività preordinata a' quali poi dar luogo.
- III. Eccezioni contro la domanda. Il marito del coniuge offeso.
- IV. La retrocessione de' fatti non è punita in occasione. Errore del Duranton.
- V. La morte d'uno de' coniugi impedisce d'intener l'azione; impedimento ostacolo di continuarla. Discrepanza del Duranton e del Zachariae.

I. — Abbiamo spiegato la seconda proposizione di questo articolo; ci avanza a parlare della prima, relativa alla procedura che deve seguirsi in materia di separazione personale.

Chi si attenesse alla lettera del nostro articolo, direbbe che l'azione di separazione personale deve intentarsi ed istruirsi senza veruna regola particolare, come tutti gli affari civili ordinari. Ma sarebbe questo un errore, dappoichè talune regole speciali son pure additate per questa azione nel Codice di procedura: il nostro articolo à soltanto voluto dire che qui non s'avrà a seguire tutta la procedura ordinata per minuto nel Codice civile per la domanda di divorzio.

Il coniuge che vuole intentar l'azione deve indirizzare al presidente del tribunale del suo domicilio una domanda, s'la quale quel magistrato risponde con un'ordinanza che ingiunge alle parti di comparire innanzi a lui in un giorno designato, senza assistenza di patrocinatori nè di consulenti. Se al presidente non vien fatto di ottenere una conciliazione, rende una seconda ordinanza, con la quale le rinvia innanzi il tribunale, autorizzando la donna a procedere, ed a ritirarsi provvisoriamente in una casa convenuta fra esse parti o designata da lui (C. proc. art. 875 ad 878 [952 a 959]). Una volta intentata, secondo queste regole, l'azione, dice l'art. 879 [957] del Codice di procedura, sarà istruita nelle forme stabilito per le altre domande; per la qual cosa crediam noi, col Toullier, col Favard e col Zachariae, che sarebbe un violare quell'articolo il seguire in caso di separazione la procedura sommaria che l'art. 264 del Codice Civile stabiliva per la domanda di divorzio fondata sulla condanna ad una pena infamante.

Altrimenti è della disposizione dell'art. 251, il quale per eccezione alla regola generale dell'art. 883 [378] del Codice di procedura permetteva di ascoltar come testimoni i parenti e i domestici de' coniugi (ad eccezione de' discendenti). Non è più questa una quistione sulle forme dell'istruzione; la forma dell'inchiesta sarà sempre la medesima, contenga o non contenga le testimonianze domestiche. Onde non v'è alcuna ragione di qui rigettare una regola, senza la quale diverrebbe spesso impossibile di scoprir la verità, mercecchè i parenti e i domestici saranno sovente i soli che ben conoscano i fatti allegati da ambe le parti.

Abbiamo detto che, secondo l'art. 875 [952] del Codice di procedura, al presidente del tribunale del domicilio comune deve il coniuge attore presentar la sua domanda: così trovasi applicato alla separazione personale il pensiero dell'art. 231, il quale dichiarava che, quali pur fossero i delitti che dessero luogo alla

domanda di divorzio, dovrebbe mai sempre l'azione esser portata al tribunale di circondario del domicilio. Così, se la domanda sia stata formata per tentativo di omicidio, non la corte di assise chiamata a pronunziar sul reato, ma sibbene il tribunale di circondario, il tribunale civile avrebbe potuto esser investito della domanda, e lo stesso è per la domanda di separazione personale. Di fermo la legge non vuol mica che un'azione quanto questa grave, un'azione relativa allo stato civile delle persone, sia giudicata come accessoria d'un'azione criminale; e conseguentemente questo caso non cade punto sotto la regola generale del comma 1.º dell'art. 3 [5] Codice d'istruzione criminale, che permette d'intentare nel tempo stesso e innanzi agli stessi giudici l'azione civile e l'azione pubblica. E in verità non si potea ragguagliare un'azione di separazione personale alla semplice domanda de' danui e interessi dovuti in forza di un delitto.

E poichè, in questo caso di domanda di separazione personale fondata sopra un misfatto o un delitto, le due azioni debbono intentarsi separatamente, l'una alla Corte d'assise o alla polizia correzionale e l'altra al tribunale civile, ne segue che bisognerà qui applicare il secondo comma del detto art. 3 C. istr. crim., il quale vuole che, quando le due azioni son così separate, la procedura resti sospesa nella linea civile sino alla fine dell'azione criminale intentata prima di quella o pendente essa. Così trovasi applicata al caso di separazione la regola che l'art. 235 segnava in termini espressi pel caso di divorzio.

Giusta il decreto del 30 marzo 1808, art. 22, qualunque contestazione relativa allo stato civile deve, sull'appello, venir giudicata dalla Corte d'appello, in udienza solenne, a camere riunite. Ma la più parte degli arresti di Corti d'appello, e tutti gli arresti della Corte suprema fino al 1835, quando questa Corte mutò giurisprudenza, avean deciso che le quistioni di separazione personale non erano altrimenti quistioni di stato nel senso del decreto, e che quell'art. 22 non s'applicava lor punto, allorchè il 16 maggio 1835 fu emanata un'ordinanza regia, la quale, riconoscendo pure che quelle contestazioni eran comprese nel decreto, dichiarò che questo sarebbe oggimai modificato sotto questo rispetto, e che gli appelli in materia di separazione personale sarebbero in avvenire giudicati in udienza ordinaria.

II. — Vediamo ora fino a qual punto le misure provvisorie ordinate pel caso di divorzio possano applicarsi alla domanda di separazione.

L'unanimità degli autori ed una giurisprudenza di cui niun arresto finoggi ha altrimenti

alterata l'uniformità, ammettono che tutt' i temperamenti provvisori indicati pel caso di divorzio posson prendersi cziandio per la separazione, e che di conseguenza i cinque articoli 267 a 371 sono applicabili alla nostra materia, meno la regola risultante dalla disposizione finale dell'art. 269. E difatti basta leggere questi cinque articoli per adottare il sentimento generale.

Dichiaran essi: 1.° che, durante l'istanza, la patria potestà e conseguentemente l'amministrazione de' figli resterà presso il marito, ma che il tribunale può privarlene, se l'interesse de' detti figli lo esiga (267); 2.° che la donna può esser autorizzata ad abbandonar il domicilio coniugale per risiedere nella casa che le venga indicata e, se i beni di cui gode sono insufficienti, a ottenere dal marito una pensione proporzionata alle costui facoltà (268); se la moglie non giustifichi la sua residenza nella casa additatale, il marito può ricusarle la pensione alimentizia (269); 3.° che nel caso di comunione, può la donna esiger l'apposizione dei suggelli su' beni mobili della comunione (278); 4.° infine che ogni obbligazione a carico della comunione ed ogni alienazione dell'immobili comuni consentite dal marito in frode de' dritti della moglie, posteriormente all'ordinanza che rinvia le parti innanzi il tribunale, saran dichiarate nulle (271).

Queste diverse regole riduconsi in ultima analisi a conseguenze de' principj generali del dritto, ovvero a semplici misure conservative: senzache, la necessità e la giustizia di queste disposizioni son le medesimo in caso di separazione, onde tutte debbono applicarsi, salvo le lievi modificazioni che risultar possono dalle forme diverse indicate dal Codice di procedura. Così, nell'atto che la casa ove la donna dee ritirarsi era, giusta l'articolo 268, indicata dal tribunale, debbe invece esserla soltanto dal presidente a norma dell'art. 878 [959] C. pr., se i coniugi non la fermino con privata convenzione.

In quanto alla disposizione finale dell'art. 269, che dichiarava la donna attrice inammissibile a continuar le sue procedure quando non giustificava punto la sua residenza nella casa indicata; siccome è questa una regola estremamente rigorosa ed affatto esorbitante del dritto comune, più non si può, nel silenzio della legge, estenderla da un caso all'altro.

III. Prima d'arrivare alla spiegazione di ciò che concerne il giudizio di separazione personale ed i suoi effetti, il che fa l'obbietto degli articoli seguenti, ci resta a disaminare le eccezioni che alla domanda possono opporsi.

Il dritto di domandare la separazione personale non essendo stabilito che nell'iste-

resse particolare del coniuge offeso, questi può dunque rinunziarvi, sia espressamente, sia tacitamente. La rinunzia espressa o tacita costituisce sempre un perdono più o meno intero, una remissione più o men compiuta dell'offesa. Or la concessione del perdono rendendo più grave ancora l'ingiuria che la segue, e distruggendo naturalmente l'effetto della riconciliazione anteriore, il coniuge potrà dunque far valere in sostegno della sua domanda i fatti anteriori al perdono; donde seguo che la separazione potrà pronunziarsi, quando anche i fatti posteriori alla riconciliazione non fossero gravi abbastanza per motivarla da sè soli, se quelli anteriormente compiuti presentino la necessaria gravità.

Del resto egli è evidente che per la prova della riconciliazione non potrebbe mica respingersi come insufficiente la ricognizione dell'attore; perocchè, se il mutuo consenso non può essere altrimenti una causa di separazione, è per contrario una causa perfettamente legale, o piuttosto la sola causa possibile del ravvicinamento de' coniugi (art. 309). Soltanto adunque quando l'attore negherà la riconciliazione, sarà necessario al convenuto di somministrarne la prova; ed è chiaro che la prova de' fatti costituenti la riconciliazione dovrà farsi giusta le regole tracciate per la prova de' fatti su' quali essa azione si fonda. Queste idee, cui proclama il dritto comune, son precisamente quelle che consacravano pel caso di divorzio gli articoli 272, 273, 274, i quali pertanto riceveranno la loro piena applicazione al caso di separazione personale; sotto questa eccezione beninteso, la quale d'altronde emana dal detto testò, che per la prova de' fatti di riconciliazione non bisognerà punto seguir la forma speciale del divorzio, sibbene la forma ordinaria dell'art. 879 C. proc.

Ora, quali fatti saranno di natura da costituir la riconciliazione, la tacita rinunzia del coniuge offeso? È questo un punto lasciato onninamente al criterio de' giudici.

Tuttavolta, è evidente che il fatto che la donna attrice o convenuta sia rimasta durante l'istanza nel domicilio coniugale, ovvero siavi rientrata dopo aver risieduto in un'altra casa non basterebbe mica per sè sola e fatta astrazione dalle circostanze, per dare una prova di riconciliazione. Finò alla separazione pronunziata, l'obbligo della moglie di abitar col marito ed il costui obbligo di riceverla rimangono come regola comune; il dritto per la donna di abitar separatamente non è che un'eccezione di favore, e il fatto che la donna non ne ha usato o ha cessato di usarne prova meramente questo, che la vita comune non le è paruta o ha cessato di

parere tanto pericolosa da romperla ad ogni costo.

E, poichè la continuazione o la ripresa della vita comune non può dare per sè sola una prova sufficiente, ne segue che neppure si potrebbe dedurre cotesta prova assoluta dalla sopravvenienza d'una gravidanza della donna. Dovrebbe soltanto vedersi, vuoi contro la moglie, vuoi contro il marito segnatamente, una lieve presunzione, la quale potrebbe mutarsi in prova merè altre circostanze; ma che sola punto non basterebbe. Tutto ciò, lo ripetiamo, è abbandonato alla discrezione del giudice.

IV. — A norma dell'art. 236 [326] del Codice penale, la donna tradotta dal marito innanzi al tribunale di polizia correzionale dev'essere discaricata dell'azione, ove sia provato essero lo stesso marito colpevole d'aver mantenuto una concubina nella casa comune. Si deve egli da ciò concludere, come fa il Duranton (II—347), che quando ambi i coniugi sono siffattamente rei d'adulterio, ed anche, in regola generale, tutte le volte che i due coniugi sono reciprocamente colpevoli dei medesimi fatti, ciascun di loro sia irricevibile a domandar la separazione personale? A noi sembra certa la negativa. E come mai quando i due coniugi veggono l'uno e l'altro la loro vita in continuo pericolo, quando ciascun di essi si lascia andare abitualmente contro l'altro agli ultimi eccessi, sarebbe il caso di dire che non hanno il diritto di separarsi legalmente! Se stesse in pericolo la salute o la vita d'un solo di essi, voi sareste solleciti di apportarvi rimedio; o perchè il pericolo è doppio, perchè è messa a repentaglio l'esistenza di entrambi, non vi sarà nulla da fare! singolare idea, di dichiarare obbligatoria la vita comune, non già *sebbene*, ma *perchè* la riconosceste doppiamente impossibile. Ma infine, dicesti, essendo tutti e due egualmente colpevoli, come mai pronunciare a *favor* dell'uno una sentenza contro l'altro? . . . Amendue sono per avventura colpevoli di fatti che motivano una separazione; ebbene! domandino questa separazione amendue; il convenuto risponda all'azione del suo coniuge con una domanda reciproca; e queste due domande, in cambio di estinguersi a vicenda per compensazione, faran pronunciare la separazione *contro* tutti e due: tutti e due saranno legalmente condannati alle spese, tutti e due subiranno le conseguenze penali a cui può dar luogo la sentenza, esempligrizia la perdita della precapienza convenzionale (art. 1518) (1).

(1) Soppresso nelle nostre *Leg. Civ. (N. del tr.)* (2) Merlin (*Quist. V. Adulterio*, § 8) Toullier (II—764); Favard (*v. Separazione*), Dalloz (*ivi*); Vazeille (II—536); Zachariae (III, pag. 364); Demomourcadé T. I.

Specialmente, pel caso d'adulterio del marito e della moglie, come si potrebbe mai dedurre dall'art. 336 del Codice penale la irricevibilità dell'azione di separazione personale? Dall'essere il coniuge che si querela dell'adulterio della moglie egli stesso colpevole quanto lei, la legge ha tratta questa conseguenza, che non s'abbia a dargli ascolto quando venga a domandare che essa moglie sia punita. La saviezza di tal disposizione è ben evidente: ed in vero quando un marito il quale può egli solo tradurre la moglie in giudizio per adulterio (giacchè lo stesso pubblico ministero nol può), è egli stesso reo del medesimo delitto, non sarebbe per avventura ridevole che venisse a sostenere contro di lei le funzioni di pubblico accusatore, ed a farla imprigionare? Ma, quando egli si fa a domandare di metter fine alla convivenza, perchè mai il suo proprio delitto avrebbe a renderlo irricevibile? Forsechè la reciprocanza de' torti renderà più facile la vita comune? Sarà forse men profondo l'odio reciproco de' due coniugi, e darà luogo a minori pericoli? No, di certo e, se la legge ha saggiamente operato, riuscendo in tal caso al marito l'azione criminale per la punizione della moglie, è stata pur saggia col non togliere allora all'uno de' coniugi l'azione civile di separazione. Indubitatamente potranno i tribunali, anzi dovranno prendere in considerazione cotesta reciprocanza di torti per valutare i fatti apposti al convenuto; così delle ingiurie indiritte dalla moglie al marito e che, indipendentemente da circostanze speciali, avrebbero dovuto motivare la separazione, potrebbero bene venir dichiarate assai poco gravi in grazia della provocazione che si trovasse in taluni fatti del marito. Allora non si viola già la legge, perciocchè si dichiara non aver sufficiente gravità i fatti imputati al convenuto. Ma fermare come principio che la reciprocanza de' torti *deve produrre un'eccezione*, massime quando sono della stessa natura, è una patente violazione della legge; e con ragione è stata questa dottrina generalmente respinta (2).

V. — La morte d'uno de' coniugi renderebbe evidentemente inammissibile l'azione di separazione personale. Essa non potrebbe intentarsi nè contro gli eredi del coniuge nè da costui eredi contro il coniuge preteso colpevole. Non si dovrebbe qui argomentare dall'art. 957 secondo comma, il quale vietando pure a un donante di domandar la rivocazione per ingratitudine contro gli eredi del donatario, permette intanto agli eredi

lembre (IV.—416); Rig. 9 maggio 1814; Rennes 4.º giugno 1823; Tolosa, 9 gennaio 1824; Orléans 41 aprile 1832; Nîmes, 45 marzo 1842; (*Journal du P.*, t. I, 1812, pag. 750, e alle date indicate).

di questo donante di agir contro il donatario: e di fermo ci è fra i due casi una profonda differenza. L'azion di revocazione di una donazione per ingratitudine, se è puramente morale nella sua causa, come quella che è fondata sull'ingiuria, è puramente pecuniaria nel suo obbietto, poichè tende unicamente alla ripresa del bene donato; ma l'azion di separazione personale tocca interessi meramente morali sì nel suo obbietto come nella sua causa; perocchè quello a cui tende sì è il rilassamento del vincolo coniugale, e se, per l'ammissione della separazione trovansi rimossi degl'interessi pecuniari, è soltanto per contraccolpo.

Questa considerazione, semplice per quanto vera, dà la risposta ad una quistione dibattuta fra'giurisperiti; quella di sapere se l'azione non debba almeno continuarsi quando la morte d'un de'coniugi non avviene che nel corso dell'istanza. Noi punto non esitiamo a risponder di no. E di fermo, come continuare a domandare il rilassamento del legame coniugale, quando pur testè è stato infranto?... Dare una contraria decisione, come fanno Duranton, Zachariae e taluni altri, è poi un confondere lo spirito e la materia, ed avvilire gl'interessi morali, ponendoli di paro cogl'interessi pecuniari. In azioni sì sacre, quai sono quelle di separazione personale, di divorzio, di nullità di matrimonio, il dritto è esclusivamente riservato a colui in cui risiede l'interesse morale sul quale esse son fondate, salvo che la legge, per assicurare vie meglio la sanzione della morale pubblica, accordi espressamente l'azione a tutti gl'interessati, siccome fa nelle nullità assolute del matrimonio.

Adunque, quando un de'coniugi muore pendente l'istanza, non v'è più luogo (e questo è evidente daddovero) a pronunziare il rilassamento d'un legame testè sciolto. In verità, rimane allora una quistione pecuniaria da risolvere, quella di sapere chi dovrà pagar le spese; o per deciderla, converrà vedere se l'azione era o no ben fondata, e conseguentemente far lo stesso esame che se si trattasse di pronunziar sulla separazione. Ma fatto cotesto esame, bisognerà limitarsi a dire che vi sarebbe o non vi sarebbe luogo ad ammettere la separazione, e che pertanto le spese cedono a carico della tal parte; ma la separazione non potrà di fermo esser pronunziata e conseguentemente le decadenze pecuniarie che dovean seguirla, per esempio quella della precapienza di comunione, non potran punto aver luogo.

208 [226]. — La moglie contro cui sarà pronunziata la separazione personale a causa d'adulterio, verrà condannata colla me-

desima sentenza, e ad istanza del ministero pubblico, alla reclusione in una casa di correzione per un tempo determinato, non minore di mesi tre, nè maggiore di anni due.

I. — Abbiain veduto sotto l'articolo precedente che l'adulterio della donna non può mai venir punito che sul reclamo del marito (C. pen. art. 336). Perchè dunque la domanda di separazione intentata dal marito per questa causa si trova contenere virtualmente tale reclamo, perciò consente la legge al tribunale di applicare alla donna la pena ordinaria di esso delitto, nel tempo stesso che pronunzia la separazione. E la prova che la pena è pronunziata in virtù dell' implicito reclamo del marito si è che questi ai termini dell'articolo seguente resta libero di arrestar l'effetto di quella condanna, consentendo a riprendere la moglie. Ma, se così è, non potrebbe dunque siffatta condanna penale aver luogo nel caso in cui il reclamo del marito non è ammissibile, cioè quando egli medesimo ha tenuto la concubina nella casa coniugale.

Del resto, questa missione, data ad un tribunale civile, di applicare alla donna la pena del delitto d'adulterio, forma un'eccezione a' principi di competenza; laonde converrebbe guardarsi di estenderla oltre il caso preveduto. Così il tribunale civile non potrebbe pronunziar la pena dell'adulterio nè contro il complice della moglie nè contro il marito pel cui delitto la separazione fosse pronunziata. Si è veduto eziandio, sotto l'articolo precedente n.° 1, che un tribunale non sarebbe mica competente sulla separazione personale (1).

209 [227]. — Sarà in arbitrio del marito di sospendere l'effetto di questa condanna, quando acconsenta a ripigliare la moglie.

310. — (Abrogato dalla legge dell'8 maggio 1816.) Allorchè la separazione personale pronunziata per qualunque altra causa, eccetto che per quella d'adulterio della moglie, avrà durato tre anni, lo sposo che in origine era convenuto, potrà domandare il divorzio al tribunale, il quale lo ammetterà, se l'attore in origine presente, o nelle debite forme chiamato, non acconsenta immediatamente a far cessare la separazione.

211. La separazione personale produrrà sempre la separazione de'beni.

SOMMARIO.

I. Effetti della separazione personale. Il Codice li lascia sottintesi. La sentenza porta seco l'applicazione dell'art. 209 per la revocazione delle donazioni.

(1) Non si tratta nel nostro articolo della *reclusione* propriamente detta, ma dell'*imprigionamento* (Cod. pen. art. 7, 9, 21, 40, 337).

11. Contrarietà su quest'ultimo punto. Errore di Toullier - Duranton, Duvergier ecc. Stessa incertezza di quest'ultimo. Qual dei testamenti?

12. Diritto a decider che la separazione lascia sussistere fra coniugi.

13. Delle separazioni di bono risultato della separazione personale.

V. La separazione personale può costringere che col consenso di ambo i coniugi. Errore del Duranton.

I. — Con un modo di procedere che sembrar può strano a prima giunta, ma che tosto si spiega di leggieri, il Codice, senza averci indicato *pur uno* degli effetti risultanti direttamente dalla separazione personale, ci presenta qui una disposizione che essa stessa non è se non una conseguenza di quegli effetti primi, rimasti sottintesi.

Diciamo che il Codice non ci ha indicato un solo degli effetti diretti della separazione, dappoiché la pena che il precedente articolo commina contro la donna in caso d'adulterio non è mica un effetto della separazione; ma sì come questa un effetto del reato d'adulterio. E tanto poco è effetto della separazione, che da un canto può aver luogo, senza separazione (art. 337 C. pen.), ed all'inverso la separazione è spesso luogo senza di essa. Il qual difetto d'indicazione si comprende benissimo; attesochè la separazione non essendo stata nel concetto del legislatore che desso il divorzio ridotto a ciò che permette il cattolicismo, il detto legislatore ha trovato sufficiente d'aver fatto conoscere gli effetti del divorzio proprio, i quali, sottrattone ciò che vietano le idee cattoliche, presenteranno gli effetti della separazione.

Gli effetti del divorzio indicati nell'art. 227 alla fine del titolo del *Matrimonio* e nel Capitolo IV del nostro titolo, art. 295 a 303, consistono nell'intero scioglimento del vincolo coniugale, poi in certe disposizioni minute, delle quali altre si rannodano intimamente ad esso scioglimento, altre invece non han nulla d'incompatibile col mantenimento di questo legame coniugale. Or precisamente un tale scioglimento del matrimonio vieta rigorosamente la religione cattolica; laonde questo scioglimento appunto e tutti gli effetti che posson derivarne sarà mestieri rigetta-

re; il resto ci darà gli effetti legali della separazione personale. Sicchè i coniugi in quel medesimo che conserveranno cotale qualità, vivranno isolati l'uno dall'altro, e questa cessazione della vita comune appunto produrrà per essi, a' termini del nostro articolo, distinzione degli interessi pecuniari, separazione de' beni. La donna dunque avrà una dimora legale a sè propria, un domicilio particolare, imperocchè nulla avvi in ciò d'incompatibile con la qualità di moglie (art. 108 [113] n. 1). Così ancora la disposizione che punisce il coniuge colpevole, annullando le liberalità che il suo coniuge gli avea fatto nel momento del matrimonio o di poi, e che conserva a quest'ultimo tutte quelle che egli avea ricevute (art. 299, 300), non avendo evidentemente nulla d'incompatibile col mantenimento del matrimonio, s'applicherà del pari al caso di separazione personale.

II. — Quest'idea tuttavia è ben lungi dall'essere ammessa da tutti i giuriconsulti; e nell'atto che noi la diamo qui come certa, il Demante presenta l'opposta decisione come non suscettiva neppure di controversia.

In quanto agli altri autori, veggonsi divisi in due campi a un dipresso uguali; e lo stesso è avvenuto degli arresti fino a questi ultimi tempi, stantechè l'autorità delle molte decisioni pronunciate nel nostro senso era controbilanciata dalla contraria giurisprudenza della Corte di cassazione. Ma il 23 maggio 1815 la questione, presentatasi infine innanzi alle camere riunite, vi fu solennemente risolta nel senso della revocazione, e con un arresto del 17 giugno detto anno la camera civile sulla nostra aringa si pronunziò nel medesimo senso e così smise del tutto la sua giurisprudenza anteriore. Onde la nostra opinione ha per sè al dì d'oggi e la Corte suprema e la generalità delle Corti d'appello (1).

Questa circostanza, la quale può riguardarsi come un trionfo definitivo per la causa che noi abbiamo sempre sostenuta, non può tuttavia dispensarci dal discuter la questione, e diremo alcuna cosa di ciascuna delle

(1) Ciò posto, è difficile spiegarsi come il Duvergier, che professa la dottrina del mantenimento delle liberalità, abbia potuto, nella sua edizione annotata del Toullier (II, p. 63), presentare questa dottrina come conforme alla giurisprudenza della Corte di cassazione, quasiché non esistessero i due arresti del 1845 (che pure han menato abbastanza rumore), senza dir molto de' ventotto arresti precedenti delle Corti d'appello nello stesso senso.... Del resto, ecco l'indicazione delle autorità pro e contro la nostra dottrina:

Contro: Merlin (*Quist.*, v. *Separaz.*); Grenier (*Donaz.*, n. 229); Toullier e Duvergier (II-783); Duranton (II-629); Demante (*Progr.*, I-285); Ponthu (art. 959 n. 8); Zachariae (III, p. 365); Colin-Delisle (art. 959, n. 2-9).

Pro: Proudhon e Valette (I, c. 24, sez. 4); Chabot (*Quist. trans.*); Delvincourt, Pigeau (II, p. 571); Guibon (II-640); Dalloz (c. I, sez. 3); Vazeille (art. 959, n. 2); Pont (*Riv. di leg.* 1845, p. 90); Lassault (II, p. 452); Grolman (III, p. 500); Conlon (II, p. 376); Taulier (I, p. 369); Massol (p. 297); Demolombe (IV-526 e 5); poi (dal 1830 soltanto): Tolosa 30 feb. 1832; Agen 13 agosto 1838; Rouen 45 novem. 1838; Caen 22 apr. 1839; Rouen 26 agosto 1842; Rennes 20 lug. 1843; Rig. (*Cam. riun.*) 23 mag. 1846; Rig. civ. 17 agosto 1845; Caen, 4 lug. 1845; Cass. (d'un arresto di Douai 25 apr. 1845; Rig. civ., 5 dic. 1845. (*Rev.* 45, t. 324 e 554; 49, t. 508; *Gaz. de trib.* del 6 dicembre 1849.)

principali obiezioni che alla nostra dottrina si son fatte.

Ci si oppone innanzi tratto una considerazione, esatissima in sè, ma che contro di noi dà completamente nel falso. Egli è certo, si dice, che il Codice non ha mica inteso che si applicassero di pieno dritto alla separazione tutte quelle fra le regole del divorzio che non sono incompatibili col mantenimento del matrimonio; perocchè il legislatore à creduto dover riprodurre espressamente talune di esse regole, per esempio: il dritto per la donna di abitar separatamente durante l'istanza (art. 878 [959] C. pr.), l'ordine di condannar la donna adultera alla prigionia (art. 308), ecc. Ciò è verissimo; ma non vuol dir nulla contro di noi. Infatti non diciam noi già doversi applicare alla separazione tutte le regole compatibili col mantenimento del matrimonio; ma degli effetti soltanto favelliamo. Adunque per le forme da seguire, per le misure provvisorie da prendere, per talune regole accessorie da applicare, sono scritte delle espresse disposizioni per la separazione personale; dunque il legislatore non intendeva punto nè poco che vi si applicassero di pieno dritto tutte quelle che, nel divorzio, si trovassero compatibili col mantenimento del matrimonio. Ma per gli effetti che la separazione dee produrre, non dice motto la legge nè nel Codice civile nè nel Codice di procedura; soltanto dichiara, indicando una regola lontana e mediata, che vi sarà separazione de' beni insieme a quella delle persone: ma quest'ultima in che consisterà essa mai? quali risultati produrrà? Il Codice nol dice punto. Dunque l'intento che altrove si troverebbe detto. È dove mai, se non dove è parola di quelli fra i risultati del divorzio cui punto non esclude il mantenimento del matrimonio?... Dunque quando i nostri avversari fanno una scelta fra questi risultati compatibili con la natura della separazione, ed ammetton l'uno per rigettar l'altro, adoprano arbitrariamente. Si aggiunga che il legislatore non abbia altrimenti voluto attribuire alla separazione le decadenze pecuniarie affisse al divorzio, e se ne citano come pruova gli art. 336 e 767 [300 e 683], che tolgono al coniuge separato, l'uno l'usufrutto legale de' beni de' figli, l'altro il dritto pel coniuge di succedere al suo consorte. Ma non si pon mente, coteste disposizioni non risultare che dallo scioglimento del legame coniugale, onde son del numero di quello che trovansi incompatibili col mantenimento del matrimonio. Difatti, giusta l'art. 384 [298] l'usufrutto legale de' beni de' figli appartiene, durante il matrimonio, al padre, e dopo sciolto, al genitore superstite. Questo cambiamento arrecato in principio dallo scioglimento del matrimonio all'attribuzione dell'usufrutto le-

gale presentava una difficoltà nel caso di scioglimento per divorzio, dacchè allora, malgrado lo scioglimento, non ci ha conginge superstiti, sibbene due antichi coniugi viventi entrambi. Or, poichè de' due l'uno era reo e l'altro innocente, era affatto naturale di cavarli d'impaccio, attribuendo l'usufrutto legale a quest'ultimo: e tanto ha fatto l'art. 386. Ma questa difficoltà non si presentava più in caso di separazione, giacchè allora, durante tuttavia il legame coniugale, si restava sotto il principio generale dell'art. 384, che attribuisce l'usufrutto al padre fintantochè dura il matrimonio. In quanto all'art. 767, esso dà dritto di successione a colui che è coniuge nel momento dell'apertura dell'eredità, e perchè il divorzio distrugge il titolo di coniuge, perciò quello divorziato non può più succedere. Laonde il dritto di succedere sparisce allora tanto pel coniuge che ottiene il divorzio, quanto per quello contro cui vien pronunziato, perchè difatti niun de' due serba altrimenti il titolo di coniuge; dunque ei non si trattava che di effetti emananti dallo scioglimento del matrimonio, e ci aveva quindi impossibilità di applicarli alla separazione. L'argomento dunque che trar si voleva da queste disposizioni svanisce, o piuttosto si ritorce contro la dottrina opposta, nè vi è modo di sottrarsi.

E di vero, fra le perdite di vantaggi pecuniari che seco trae il divorzio, una ce ne ha di cui la legge non avea parlato neppure nel nostro titolo, la quale era pur di natura da non presentare incompatibilità di sorta col mantenimento del matrimonio. Intendiamo della privazione di quella parte di comunione che il coniuge nelle tavole nuziali si era riservato di prendere per precapienza, cioè prima della divisione. La qual decadenza, non essendo mica una conseguenza dello scioglimento del matrimonio, e potendo avverarsi prima come dopo d'infrangersi il legame coniugale, quivi era da vedere se il legislatore abbia o no inteso che la separazione porti seco le decadenze non incompatibili col mantenimento di esso vincolo. Ebbene! cosa ha fatto il legislatore? Ciò che la nostra dottrina richiedeva appunto che facesse; ha dichiarato nell'art. 1518 che la decadenza dalla precapienza avrebbe sempre luogo contro il coniuge reo del pari per effetto della separazione che del divorzio. Or come si spiegherà egli che il legislatore, il quale à pure avuto cura di non parlare che del divorzio negli art. 386 e 376, [300 e 303], abbia avuto il pensiero di rimettere la separazione a livello del divorzio, tosto che si trattasse di una decadenza compatibile col mantenimento del matrimonio? Si cerca di rispondere, dicendo (Duranton n. 620, 4.

com.) che la precapienza non è del tutto una donazione, che non è già una pura liberalità, ma una convenzione, cui l'art. 1516 dispensa dalle formalità delle donazioni. La risposta è strana, e vien precisamente ad aumentar la forza del nostro argomento. Dappochè, se vero è, non essere la precapienza, propriamente parlando, una donazione, ma un misto di liberalità e di convenzione a titolo oneroso, che ne seguirà egli? Che la sua decadenza non deve ammettersi se non per cause molto più energiche; giacchè è elementare, essere una revocazione di atto oneroso cosa assai più grave della revocazione d'un atto gratuito: così, per esempio, non si ammetterebbe punto la revocazione d'un atto oneroso per ingratitudine o per sopravvenienza di prole (articolo 953 [878]). Laonde per argomento *a fortiori* conviene dedurre dalla perdita della precapienza la decadenza dalle donazioni propriamente dette.

Si argomenta ancora contro di noi dalla somma gravità della decadenza pronunziata dagli art. 299 e 300, i quali da un lato solo rinvocano le donazioni reciproche, lasciandole sussistere dall'altro. Ma, oltre all'essere questa gravità la stessa pel divorzio come per la separazione, sicchè non è essa punto più strana in questo caso di separazione, il quale (bisognerebbe non dimenticarlo) per le medesime cause si avvera; oltre che non può questo argomento esser qui più forte che nel caso d'una precapienza, che anch'essa può essere ed è sovente reciproca; oltre a queste ragioni, basta rispondere, essere una falsa idea questa pretesa gravità maggiore, postochè la legge non può ammettere che una liberalità trovi una causa in un'altra (V. articolo 202 n. IV).

Si pretende infine (e questo argomento ha almeno il merito d'investir di fronte la nostra dottrina) che in fondo la decadenza dalle donazioni stipulate nel contratto nuziale è incompatibile col mantenimento del legame coniugale, attesochè esiste un intimo rapporto, una profonda connessione fra l'indissolubilità di questo legame e l'irrevocabilità di quelle donazioni. A ciò potremmo rispondere, il contrario essere non pur certo, ma evidente o palpabile, posciachè si tocca con mano che si può togliere ad un coniuge una donazione, un vantaggio pecuniario, senza privarlo del titolo di coniuge; che possonsi annullare tutte le clausole d'un contratto nuziale, senza toccare esso il matrimonio, come accade quando alla comunione o al regime dotale è sostituita la separazione di beni. Ma preferiamo rispondere con un fatto, dicendo, che nel nostro antico dritto, in questa classica terra della separazione per-

sonale, in cui non avea mai allignato la dissolubilità del vincolo coniugale, la donna contro cui veniva pronunziata la separazione per adulterio decadeva non pure dal suo dotario, ma altresì dalla dote e dalle convenzioni matrimoniali (V. Pothier, *Contratto di matr.* n. 527). Che diviene la pretesa incompatibilità fra la decadenza dalle donazioni e il mantenimento del vincolo coniugale?

Toccherem noi ora delle considerazioni morali che ne si obiettano e che, in tutti i casi, sarebbero pure estranee al dritto? Sarebbe imprudente, dicesi, impolitico, di rinvocar le donazioni in parola, attesochè la decadenza da esse renderebbe più difficile la conciliazione de' coniugi. Ma nell'antico dritto, nello stesso caso onde abbiamo testè favellato, la legge permetteva e desiderava che il marito riprendesse la moglie (Pothier, *ivi*); e ciò avea forse impedito che il legislatore pronunziasse la rigorosa decadenza per noi additata? Perchè dunque non avrebbe il nostro ammissa quella, assai men severa, dell'art. 299? È tosto che questa decadenza nulla avea d'impossibile in dritto, domandiamo a nostra volta, come avrebbe egli potuto non ammetterla? Domandiamo perchè il coniuge reo avrebbe ottenuto l'impunità in grazia della maggior delicatezza che provava il coniuge tradito; e perchè i principii più severi di quest'ultimo sarebbero tornati in suo danno? Domandiamo se sarebbe stato ben prudente e morale di così porre il coniuge cattolico fra l'ispirazione della sua coscienza e la seduzione del guadagno; e se supponendolo tanto virtuoso da resistere alla voce dell'interesse, sarebbe egli stato giusto di fargli così comprare a prezzo di danaro il dritto di restar fedele alle sue credenze?.... Lo diremo francamente: una separazione personale senza perdita delle donazioni la comprendiam pure, quando sta sola; ma a fronte d'un divorzio che porta seco questa decadenza o che si ottiene *per le stesse cause*, non sappiamo concepirla in un legislatore intelligente. . . . Checchessia di queste considerazioni, le quali senza dubbio han bene tanta forza quanta quelle che ne si oppongono, in dritto si dev'egli decidere la questione. Ora in dritto noi crediamo aver provato a sufficienza che nulla permette di fare una scelta fra quegli effetti del divorzio che non han mica per causa necessaria lo scioglimento del matrimonio, e che è impossibile respingere questo o quello di tali effetti senza dar nell'arbitrio.

L'art. 299, del rimanente, s'applica tanto a testamenti quanto alle donazioni tra vivi. Già il suo testo non distingue punto e parla assolutamente di tutti i vantaggi fatti al coniuge reo dal suo consorte. Da un'altra banda

i motivi d'ingratitude e d'indegnità che determinano la revocazione in un caso s'applicano egualmente all'altro. In quanto alla circostanza che il testamento è sempre revocabile *ad nutum* (dove si potrebbe voler concludere l'inutilità d'una revocazione di pieno dritto), essa è insignificante, poichè la stessa donazione tra vivi, quando è fatta fra coniugi durante il matrimonio, è egualmente revocabile, giusta l'art. 1096 [1030] (1).

III. — La separazione personale punto non disciogliendo il matrimonio, lascia dunque sussistere fra' coniugi i reciproci doveri di fedeltà, di soccorso e d'assistenza. Ei ne segue che non al solo coniuge innocente e per un'eccezione di favore, appartiene il dritto di esigere su' beni dell'altro una pensione alimentare siccome avea luogo in caso di divorzio secondo l'art. 301 [230], sibbene a ciascun de' due ed in virtù de' principii generali del dritto.

Il mantenimento del matrimonio produce ancora la continuazione delle regole ordinarie sulla patria potestà. Per conseguenza, al padre, giusta l'art. 373 [289], restan sommessi i figli, quand'anche egli fosse convenuto, il che rende inapplicabile qui la prima parte dell'art. 302 [232] secondo la quale i figli doveano esser sottomessi al coniuge che avea ottenuto il divorzio. Ma egli è chiaro, e niuno infatti contrasta, che l'autorità giudiziaria potrebbe, conformemente alla seconda parte di esso art. 302, e se l'interesse fisico o morale de' figli lo esigesse, ritogliere al padre, per confidarla alla madre o anche ad un terzo, la custodia di essi figli. Non è dubbio neppure che, in tutt' i casi, i genitori sarebbero conformi alla disposizione dell'articolo 303 [233] il dritto, diciam meglio il dovere, di sorvegliare il mantenimento e l'educazione de' loro figli, e sarebbero sempre tenuti a contribuirvi.

Da questo stesso principio della continuazione del matrimonio risulta infine che la potestà maritale, rilasciata in ciò che concerne il dritto per la donna di abitar separata e d'amministrar i suoi beni, non è tuttavia punto infranta, e conseguentemente la donna non potrebbe acquistare, alienare nè obbligarsi in fuori di ciò che concerne il suo dritto d'amministrazione, senza l'autorizzazione del marito o del giudice.

Circa agli altri diversi articoli del capitolo IV, degli effetti del divorzio, basta la lor semplice lettura per far comprendere che sono inapplicabili alla separazione personale, salvo gli art. 295 e 297, il cui testo presenta le tre quistioni: 1. se i coniugi divorziati prima del 1813, potrebbero oggi riunirsi;

(1) Tolosa 21 luglio 1818, Rlg. civ. 5 dicembre 1819 (Gaz. de' trib. del 6).

2. se la donna contro cui fosse stato pronunziato il divorzio per adulterio prima di quell'epoca potrebbe oggi sposare il suo complice; 3. infine se l'impedimento fra la donna adultera ed il suo complice esista eziandio nel caso di separazione, p. 291.

Queste tre quistioni sono state risolte, la prima affermativamente, le altre due negativamente, nel n.° IV dell'Appendice al cap. I, sugli impedimenti al matrimonio.

IV. — Rifacciamoci al testo del nostro articolo. La separazione personale, esso dice, produrrà sempre separazione di beni. Onde i coniugi saran messi allora circa i loro beni nello stesso stato che se avessero adottato col loro contratto il regime di separazione (art. 1536 a 1539), o se la donna avesse fatto pronunziare cotà separazione con un'azione principale, secondo che le permettono gli art. 1443 [1407] e seg. Se non che ci avrà fra questo caso d'una separazione di beni ottenuta con azione principale e quello della separazione di beni come conseguenza della separazione personale, un'importante differenza; cioè che nella prima ipotesi la separazione di beni produrrebbe effetto dal giorno stesso della domanda, laddove qui non lo produrrà se non a far tempo dalla pronunziata separazione personale.

In principio qualunque sentenza in materia civile produce un effetto retroattivo al giorno stesso della domanda; attesochè la sentenza, aggiungendo le mie conclusioni, prova che io era nel mio dritto formando questa domanda, che pertanto si avuto torto il convenuto di negarmi soddisfazione, e che per conseguenza egli deve ristorarmi del danno che mi cagiona, ritardando di eseguire la sua obbligazione. Ma questo principio evidentemente sparisce, quando il convenuto è posto dalla legge stessa nell'impossibilità di annuire alla domanda; or questo appunto ha luogo per le separazioni, sia di persona, sia soltanto di beni: noi abbiem veduto l'art. 307 dichiarare che « la separazione personale non può mica seguire per mutuo consenso » e l'art. 1445 [1409] 2.° comma, dice, che « ogni separazione di beni volontaria è nulla. » Di qui segue che, per le separazioni, il dritto comune, la regola è che la sentenza non dovrà produrre i suoi effetti se non dal momento in cui è pronunziata. Quando dunque l'art. 1445, 2.° comma, dichiara che « la sentenza di separazione di beni rimonderà pe' suoi effetti al giorno della domanda », fa un'eccezione a' principii, una derogazione al dritto comune, e questa eccezione non essendo qui riprodotta per la separazione di beni che tien dietro a quella delle persone, ne segue che quest'ultima rimane sotto l'imperio del dritto comune.

E di fermo non dovea quì ammettersi l'eccezione. Quando la separazione di beni vien domandata con azione principale, è fondata sulla mala amministrazione del marito, sul disordine de' suoi affari, sul pericolo che corre la dote della moglie (art. 1443); la causa della separazione di beni esiste di necessità al momento della domanda, ed è urgente di avviarsi al più presto. Per contrario, quando è domandata la separazione di persons, non più si tratta d'interessi pecuniari; è la cessazione della vita comune che trarrà seco la separazione di beni, la quale non è più che una conseguenza della separazione personale; or non può per avventura l'effetto precedere la causa. E ciò che prova bene come il legislatore abbia inteso consacrare queste idee, del resto sì naturali, è che per la separazione di beni, conseguenza della separazione personale, non domanda nell'interesse de' terzi che la pubblicazione della sentenza in forza di cui essa ha luogo (art. 880 C. proc.); ovechè per la separazione di beni principale, cotal pubblicazione della sentenza, al pari necessaria (art. 872 *ivi*), deve inoltre essere stata preceduta, fin dall'origine dell'azione, dalla pubblicazione della domanda medesima (*ivi*, art. 866, 867, 868).

Se dunque una donna, avendo a dolersi insieme e di fatti motivanti una separazione personale e d'una cattiva amministrazione tale da esser fondamento ad una sentenza di separazione di beni, volesse far risalire al giorno medesimo della sua domanda l'effetto di questa separazione di beni, lo sarebbe d'uopo domandare ad un tempo e la separazione di persona e la separazione di beni, osservando le formalità volute per ambe le domande.

Poichè la sentenza di separazione personale si trae dietro la separazione di beni e viene così a toccar gl'interessi pecuniari dei coniugi, ne segue che, se de' ereditori del marito vedessero lesi i loro dritti per effetto del concerto frodolento di due coniugi, ei potrebbero, giusta l'art. 1447, impugnar la sentenza ottenuta in frode de' loro dritti; ma, beninteso, solo in ciò che riguarda il pregiudizio che tal sentenza agiona loro relativamente a' beni della comunione. Parimenti quelli che si trovassero lesi pel manco della pubblicazione voluta dall'art. 880 del Codice di procedura, potrebbero opporsi all'esecuzione della sentenza non pubblicata; sempre per altro sotto il rapporto soltanto degli effetti pecuniari di questa sentenza. L'art. 66 (1) del Codice di commercio fa un'applicazione espressa di tali principii al caso di due coniugi di cui uno è commerciante; ma ciò che quest'articolo dice per

(1) Quest'articolo non trova rispondenza nelle nostre Leggi di eccezione. (Nota del traduttore.)

questo caso vuolsi dirlo di tutti i casi possibili in virtù de' principii generali del dritto.

Ma cotesti creditori non potrebbero allora, come nel caso di domanda di separazione di beni, intervenire nell'istanza (art. 1447, 2^a parte), giacchè la controversia non ha nulla di pecuniario e la questione di danaro non nascerà se non dopo la sentenza e per una lontana conseguenza di essa. Sarebbe altrimenti sol quando alla domanda di separazione personale fosse unita una domanda principale di separazione di beni. In questo caso trovandosi riunite le due questioni, pecuniaria e morale, nulla impedisce agli interessati di prender parte al dibattimento in ciò che riguarda la prima.

V. — Ora, come cessa la separazione personale? Il Duranton (II-525 e 618) ponendo sulle prime per principio doversi la separazione definire: *la facoltà accordata all'un dei coniugi di vivere separatamente dall'altro*, e considerandola quindi come un beneficio particolare, come un dritto proprio ad esso coniuge, ne trae la conseguenza che questi può sempre rinunziarvi e ristabilir le cose nel loro stato primitivo, senza il consenso dell'altro. « A tal uopo, dice, gli basterà di notificare all'altro un' intimazione di sottomettersi a tutti gli obblighi risultanti dal matrimonio. » Questa idea, che è pure del Favard, (v° *Sep. pers.*) e del Vazeille (II-595), ma che lo stesso Duranton riconosce esser molto dubbia, ne sembra infatti inammissibile.

Non parleremo delle alte ragioni di morale, d'equità, di tranquillità pubblica che s'oppongono alla sua ammissibilità; ci limiteremo alla discussione del dritto. Or qualunque sentenza è un contratto giudiziario, e pertanto i suoi effetti non possono rinvocarsi, come quelli d'ogni contratto, se non col mutuo consenso delle parti (art. 1134, [1088] 2^a com.). Qui, come in ogni altro caso, onde una sola delle parti con la sua rinunzia potesse rimetter le cose nel medesimo stato di prima, bisognerebbe che il contratto giudiziario, che la sentenza di separazione avesse ingenerato soltanto un dritto esclusivo a questa parte; in questo sol caso d'un dritto unilaterale e proprio ad una sola persona si applica la regola che « ciascuno può rinunziare al beneficio introdotto in suo favore. » Ora è egli così? Non fa nascere la sentenza di separazione de' nuovi dritti se non a pro dell'attore? Mentre che il marito attore ottiene il dritto di non più ricevere la moglie presso di sè, non ottiene la moglie convenuta quello di abitar separatamente e di non più seguire il marito, quello di amministrare essa stessa i suoi beni, di riscuotere lo sue rendite?... Ma se in tal guisa nascon dei

dritti reciproci, una sola delle parti non può adunque, con la sua sola volontà, rimettere le cose nel loro stato primitivo... Spingiamoci un po' più oltre in tali idee, e l'errore che combattiamo si toccherà col dito. Ciascuno, dicesi, può, con la sua sola volontà, rinunciare al dritto introdotto in suo favore. Sì, senza dubbio; ma non può, con questa stessa volontà, rinunciare ai dritti introdotti in favore del suo avversario. Laonde, dal rinunziar che fa il marito attore al dritto che ha di non più ricevere la moglie, dal notificare alla moglie questa rinuncia, che ne seguirà mai? Che la moglie ricupera la facoltà di venire ad abitare in casa di lui; ma non già che v'è forzata... Ancora una volta, si può ben rinunciare a' propri dritti, ma non a quelli dell'avversario.

Portanto la dottrina che combattiamo riceve una formale smentita, e per così dire il suo brevetto di errore, da uno degli articoli del Codice. In effetti, se la separazione non fosse nel suo insieme che una facoltà accordata all'attore, questo attore, nel rinunciare a tutte le parti di questa facoltà, e specialmente alla separazione di beni che è prodotta la sentenza, ristabilirebbe il tutto sull'antico piede, e la comunione anteriormente esistente riprenderebbe il suo corso pel solo effetto della notificazione di questo coniuge; or, l'art. 1451 [1413] dichiara positivamente che questa comunione non potrà ristabilirsi se non col *mutuo consenso delle due parti*. Laonde, quando la moglie, convenuta sulle istanze del marito, avrà consentito a ristabilire la vita comune con le sue obbligazioni, rimarrà ancora libera, malgrado la contraria volontà del coniuge, di conservare il suo dritto di moglie separata di beni. La separazione non può adunque cessare, tranne col reciproco consenso dei coniugi (1).

REASSUNTO DEL TITOLO SESTO.

Della separazione personale

I. — La separazione personale è lo stato di due coniugi tra cui l'obbligazione della vita comune è stata tolta via con una sentenza.

Noi esamineremo successivamente:

1. Le cause che permettono di pronunziare la separazione personale;

2. Le eccezioni che debbono far respingere l'azione;

3. Le forme con cui l'azione deve intentarsi ed istruirsi, e le misure provvisorie a cui dà luogo;

4. Gli effetti mediati o immediati della sentenza e le misure accessorie che l'accompagnano;

(1) *Confr.* Zachariae (III, p. 378), Massol (pag. 350), Demolombe (IV-532); Angers, 19 apr. 1839;

5. Da ultimo, la cessazione della separazione personale.

Delle cause della separazione personale.

II. — La separazione personale non può pronunziarsi se non per tre cause:

1.° L'adulterio dell'unode'coniugi; ma con grande differenza tra il marito e la moglie. Infatti l'adulterio della moglie è sempre una causa di separazione per sè stesso; quello del marito, all'incontro, non produce quest'effetto se non quando si tratta di una concubina, di una donna di piacere, che il marito abbia tenuta nella casa coniugale, ossia in una casa ove la moglie abitava, o in cui il suo titolo di coniuge le dava il dritto di abitare (art. 229, 230 [217, 218], 306).

III. — 2.° Gli eccessi, le sevizie o le ingiurie gravi di un coniuge contro l'altro.

Denominansi *eccessi* i trattamenti che mettono in pericolo la vita o la salute della persona; le *sevizie* son tutti gli atti che, senza esporre ad alcun pericolo fisico, rendono tuttavia la vita comune insopportabile; l'*ingiuria*, che può realizzarsi con fatti, con parole o con iscrizioni, e ogni procedere che disonori, oltraggi, o umili la persona. Gli eccessi sono di una natura che non comporta nulla di relativo; per le due altre classi diatti, al contrario, vi è sempre una valutazione da fare per decidere se i procedimenti del coniuge costituiscono delle sevizie o delle ingiurie, o ancora se l'ingiuria è abbastanza grave. Questa valutazione, beninteso, appartenenti a' tribunali, ed è chiaro che le circostanze di età, di sesso, di educazione, di posizione sociale, ed ogni altra, debbono prendersi in considerazione (art. 231 [220], 306).

IV. — 3.° La condanna di un coniuge, posteriormente al matrimonio, all'una delle cinque pene che il Codice penale dichiara infamanti, ma che non isciogliono il matrimonio. Tali sono i lavori forzati a tempo; la detenzione; la reclusione; il bando; la degradazione civile. Beninteso, è uopo che la condanna sia irrevocabile, val dire che non possa più sparire mercè l'appello o il ricorso in cassazione (art. 232 [221], 306).

La separazione personale non può mai aver luogo col semplice consenso de' due coniugi (art. 307 [222]).

Eccezioni contro la domanda.

V. — L'azione di separazione personale, sia già intentata o nol sia, s'estingue per due cause: 1.° la rinunzia del coniuge offeso; 2.° la morte di uno de'coniugi.

Rej. 3 feb. 1841 (Dev. 39, 2, 213; Dall. 41, 1, 107).

1.° La rinunzia, qui come in ogni altro caso, può esser espressa o tacita. Se, posteriormente alla remissione che è fatta il coniuge offeso, l'altro si renda colpevole di nuovi torti, il primo potrà agir novellamente invocando i fatti già perdonati. A' tribunali è lasciata la valutazione delle circostanze da cui il coniuge convenuto pretenda far risultare una tacita rinunzia.

2.° La morte, sia del coniuge colpevole, sia di quello innocente, rende impossibile la sentenza di separazione. Ma, se la morte accade quando il giudizio è già incoato, bisogna continuar la disamina dell'affare, per decidere se l'azione era o no fondata, e determinare pertanto qual parte abbia ad esser condannata alle spese.

La reciprocità di torti fra' coniugi deve prendersi in considerazione per valutar la gravità di quelli apposti al convenuto: ma non può mai essere una eccezione contro l'azione (art. 307).

Delle forme che l'azione dee seguire e delle misure provvisorie a cui dà luogo.

VI. — Il coniuge che intentar vuole l'azione dee presentar una domanda al presidente del tribunal civile, il quale vi risponde con un'ordinanza che ingiunga alle parti di presentarsi innanzi a lui a giorno indicato, senza assistenza di terzi. Il presidente dee far ogni opera per riunire i coniugi; e, se non gli vien fatto, rende una seconda ordinanza che li rinvia ad adire direttamente il tribunale. La stessa ordinanza autorizza la donna a star in giudizio e a ritirarsi nella casa convenuta fra' coniugi o indicata dal presidente, e ingiunge al marito di mandare alla moglie gli oggetti di suo uso giornaliero.

Indi si procede giusta le regole ordinarie, salvo questa circostanza che i parenti (meno i discendenti) e i domestici de' coniugi possono esser uditi come testimoni.

L'azione s'intenta mai sempre presso il tribunal civile; non potrebbe dibattersi innanzi a un tribunale criminale come accessorio dell'azione criminale risultante da' fatti che vi dan luogo. Se l'azione criminale trovisi intentata prima dell'azione civile o pendente questa, riman sospesa quest'ultima fin dopo la decisione da intervenire sulla prima.

Gli appelli da sentenze di separazione si giudicano innanzi alle Corti d'appello, in udienza ordinaria (art. 307).

VII. — Durante l'istanza, l'amministrazione de' beni de' figli rimane al padre; ma il tribunale dee torgliela, se l'interesse di essi figli il richiegga. Se i beni di cui gode la

Marcadé T. I.

donna sono insufficienti, il tribunale può aggraviarle una provvisione, cioè una pensione proporzionata alle facoltà del marito. Infine, quando i coniugi son maritati in comunione, la donna può esigere l'apposizione de' suggelli su mobili della comunione; dappiù, ogni obbligazione a carico della comunione ed ogni alienazione degl'immobili comuni, consentita dal marito in frode de' dritti della moglie posteriormente alla seconda ordinanza, di cui sopra si è favellato, debbono esser dichiarate nulle (ivi).

Effetti della sentenza e misure accessorie che l'accompagnano.

VIII. — Quando la separazione è pronunciata per l'adulterio della moglie, il tribunal civile, in eccezione a' principii ordinari, deve, sulla requisitoria del pubblico ministero, pronunziare contro di lei la pena ordinaria da tre mesi a due anni di prigionia, pena che il marito può impedire o far cessare, consentendo a riprendersi la moglie. Questa condanna penale, emanando da un tribunale civile, non potrebbe aver luogo nè contro il marito adultero, nè contro il complice dell'adulterio della moglie. La stessa penalità qui indicata contro la donna non potrebbe più pronunziarsi, se il marito dal canto suo fosse riconosciuto colpevole d'aver tenuto una concubina nella casa coniugale (art. 308, 309).

IX. — Rompendo la separazione personale tra' coniugi ogni rapporto d'abitazione, la dimora legale del marito cessa d'essere la dimora legale della moglie; e questa può aver non solo la sua residenza, ma il suo domicilio particolare. La sentenza di separazione rinvoca di pieno dritto le donazioni, sia tra vivi, sia testamentarie, che il coniuge innocente avesse fatte al colpevole al tempo del matrimonio o dipoi, il che non impedisce punto al primo di conservar quelle che l'altro gli avesse fatte reciprocamente. Essa fa perdere del pari al coniuge colpevole il suo dritto alla precapienza convenzionale (art. 311, n.° I e II.)

X. — La separazione personale produce di pieno dritto la separazione di beni; ma questa non è luogo che a far tempo dalla sentenza: se la donna potesse ottenerla con effetto retroattivo al dì della domanda, le converrebbe domandarla con azione principale. Perchè la separazione di persone importa la separazione di beni, perciò appunto dee la sentenza venir pubblicata. La mancanza della pubblicazione permetterebbe agl'interessati di opporsi alla sua esecuzione; ma solo, beninteso, in quanto concerne gl'interessi pecuniari. Questi medesimi interessati potreb-

bono del pari, sempre sotto lo stesso rispetto, censurar la sentenza che provassero essersi ottenuta in frode de'lor diritti. Ma non potrebbero mica intervenire nell'istanza, tranne quando una domanda principale di separazione di beni accompagnata la domanda di separazione personale, e soltanto per ciò che riguarda la prima (art. 311, n. IV).

XI. — La separazione personale lasciando sussistere il matrimonio, la patria potestà riman tuttavia al marito, onde conserva egli la educazione de' figli, salvo che il tribunale, nel costoro interesse, gliela ritolga, per affidarla sia alla madre, sia ad un terzo. Dal continuare il matrimonio segue ancora che i coniugi debbonsi tuttora la fedeltà conjugale, i soccorsi pecuniari di cui l'uno avesse uopo e che l'altro fosse in istato di porgere, ed eziandio le cure personali che il caso richiedesse. Ne segue infine che la donna non può acquistaro, alienare, nè obbligarsi, senza l'autorizzazione del marito, o del giudice, salvo per l'amministrazione de'suoi beni (art. 311, n. III).

Della cessazione della separazione personale.

XII. — Lo stato di separazione personale non può cessare che pel mutuo consenso dei coniugi. Nel caso di adulterio della donna, il consenso del marito a riprenderla, purchè ella però consenta a profittarne, sospende la condanna alla prigionia pronunziata contro di lei. Del resto, la cessazione della separazione personale non ristabilisce mica di pieno dritto il regime sotto cui le parti anteriormente si trovavano; in difetto d'una speciale dichiarazione, che emanar dee dai due coniugi egualmente ed esser consacrata in un atto autentico, essi coniugi resterebbon

sotto il regime della separazione di beni (art. 311, n° V).

APPENDICE

DELLA SEPARAZIONE PERSONALE SECONDO LE LEGGI CIVILI DEL REGNO DELLE DUE SICILIE.

TITOLO VI.

Della separazione de'coniugi.

CAPITOLO I.

DELLE CAUSE DELLA SEPARAZIONE.

Art. 217 [229] (1). — Potrà il marito domandare la separazione per causa di adulterio della moglie (2).

218 [230]. — Potrà la moglie domandare la separazione per causa di adulterio del marito, allorchè egli avrà tenuta la concubina nella casa comune.

219. — Potrà la moglie domandare, col consiglio di due de'più prossimi congiunti, la separazione per causa di adulterio del marito, qualora lo stesso mantenga pubblicamente una concubina (3).

220 [231]. — I coniugi potranno domandare reciprocamente la separazione per eccessi, sevizie, o ingiurie gravi dell'uno verso dell'altro.

221 [232]. — La condanna di uno dei coniugi a pena infamante potrà essere per l'altro causa di separazione (4).

222 [307]. — La separazione non potrà aver luogo pel solo consenso reciproco dei coniugi, tranne quando la convenzione sia dal tribunale civile omologata (5).

(1) Gli articoli in parentesi sono gli articoli del Codice Napoleonico che si rispondono con quelli delle nostre leggi civili.

(2) La separazione per causa di adulterio della moglie è ammessa anche per dritto canonico. L'azione però anche intentata non passa agli eredi, mancando lo scopo del prosieguo, dappoichè anche provato l'adulterio, il figlio che avrà potuto nascere, non cessa di appartenere al padre *quem iustae nuptiae demonstrant*. Il titolo VII della paternità e della filiazione determina tassativamente quando si può impugnare la paternità ad un figlio. Quindi la massima di dritto romano *omnes actiones quae tempore aut morte pereunt, semel inclusae iudicio, sae permanent*, che si saole citare da alcuni scrittori, qui non ha luogo, sendo la materia della separazione personale tutta eccezionale.

(3) L'articolo 219 è tutto nuovo nelle nostre leggi civili. L'articolo 230 del Codice napoleonico allora soltanto accordava alla moglie il dritto di chiedere il divorzio, quando il marito aveva tenuta la concubina nella casa comune. Il nostro legislatore

con questo articolo ha preveduto il caso che il marito mantenga pubblicamente una concubina; rimanendo però alla discrezione de'tribunali il giudicare quando sia il caso di dirsi essere la concubina mantenuta pubblicamente dal marito.

(4) Questa disposizione è inutile nelle nostre leggi, e non trova applicazione, non essendovi presso noi pene infamanti, sendo state proscritte dalla nostra legislazione penale, la quale modificò le antiche leggi con uno spirito costante di filantropia e di umanità, giusta le espressioni del Dupin. Fu per non aver avuto innanzi agli occhi i codificatori delle nostre leggi civili le disposizioni che si sanzionavano nelle penali, che in più luoghi adottarono alcuni principi del Codice napoleonico, che sono in antinomia colle nostre leggi penali.

(5) L'articolo 233 del Codice napoleonico, anche per la legge dell'8 maggio 1816, ammette la separazione personale per mutuo consenso. Il nostro articolo 222 vi esige la omologazione del tribunale.

CAPITOLO II.

DELLE RAGIONI CHE ESCLUDONO LA SEPARAZIONE.

272 [272]. — Sarà estinta l'azione di separazione colla riconciliazione de' due coniugi, avvenuta tanto dopo i fatti che avrebbero potuto autorizzarla, quanto dopo la domanda della separazione stessa.

273 [273]. — Nell'uno e nell'altro caso la domanda sarà dichiarata inammissibile. Potrà nondimeno l'attore intentare una nuova azione per la sopravvenienza di altra causa dopo la riconciliazione: ed allora potrà far uso delle cause precedenti per appoggiare la nuova sua dimanda (*Vedi gli art. 953 a 958 delle II. di proc. civ.*).

274 [274]. — Se l'attore nega che siavi seguita riconciliazione, il convenuto potrà darne la prova col mezzo o di scritture o di testimoni.

CAPITOLO III.

DEGLI EFFETTI DELLA SEPARAZIONE.

308 [308]. — La moglie contro di cui sarà pronunziata la separazione a causa di adulterio, verrà condannata colla medesima sentenza ad essere ristretta in una casa di correzione per un tempo determinato, non minore di tre mesi, nè maggiore di due anni.

309 [309]. — Sarà in arbitrio del marito il sospendere la condanna o l'effetto della condanna, quando acconsenta di riunirsi colla moglie.

299 [299]. — Per qualunque causa abbia avuto luogo la separazione, il coniuge contro al quale sarà stata ammessa la separazione, perderà il diritto a tutti i beni, che il consorte gli aveva accordati, sia nel contratto matrimoniale, sia dopo il matrimonio.

300 [300]. — Il coniuge che avrà ottenuto la separazione, conserverà i lucri accordatigli dall'altro coniuge, quantunque essi fossero stati stipulati reciprocamente, e la reciprocità non abbia luogo.

301 [301]. — Se i coniugi non avessero stipulato alcun lucro, o se questo non apparisse sufficiente ad assicurare il sostentamento del coniuge che ha ottenuto la separazione, il tribunale potrà ordinare a di lui favore sopra i beni dell'altro coniuge una pensione alimentare non eccedente il

terzo delle rendite di costui. Questa pensione sarà rievocabile nel caso in cui cessasse il bisogno.

311. — Quando la separazione sia avvenuta per causa del marito, la moglie riprende tutti i frutti della dote; e nel caso che fossero insufficienti al di lei sostentamento, il marito è obbligato ad assegnarle un supplimento per alimenti, colla limitazione dell'articolo precedente.

302 [302]. — I figli saranno affidati al coniuge che ha ottenuto la separazione; quando però il tribunale, sulla domanda della famiglia o del procuratore regio, non ordinò del maggior vantaggio de' figli, che tutti o alcuno di essi sieno affidati alla cura dell'altro coniuge o di una terza persona.

303 [303]. — Qualunque sia la persona a cui saranno i figli affidati, il padre e la madre conserveranno rispettivamente il diritto di vegliare sopra il mantenimento di essi e sopra la loro educazione, e saranno tenuti a contribuirvi in proporzione delle loro forze. (*Il traduttore.*)

TITOLO VII.

Della paternità e della filiazione

(Decretato il 23 marzo 1803 — Promulgato il 2 aprile).

Diritti morali e pecuniari della maggiore importanza si legano allo stato di famiglia, e questo stato derivasi per ciascun cittadino dalla sua filiazione, ossia dal sapere quali sono i propri suoi genitori. Diciamo, e questa idea è evidente, che la conoscenza della filiazione consiste nel conoscere il proprio padre e la propria madre, d'onde conseguita che la rubrica del nostro titolo è incompleta; imperciocchè bisognava intitolarlo *della paternità, della maternità e della filiazione*, ovvero semplicemente *DELLA FILIAZIONE*, il che sarebbe stato ad una volta esatto e più laconico.

L'estensione de' rapporti di famiglia varia secondo la qualità del figliuolo; ora il Codice distingue quattro classi di figliuoli:

1.° i figliuoli legittimi i quali si distinguono in figliuoli legittimi propriamente detti, e figliuoli legittimati. La pienezza delle relazioni di famiglia esiste per essi tutti (art. 312, 314, 331 [234, 236, 253]);

2.° i figliuoli naturali semplici pe' quali sussistono in gran parte queste medesime

relazioni (art. 158, 383; 756 (1) [179, 310, 674] a 761 (2)).

3.° i figliuoli naturali o incestuosi o adulteri pe' quali la legge consacra ancora alcuni rapporti di parentela (art. 161, 162; 762 a 764 [158, 160, 678 a 679]);

4.° finalmente, i figliuoli i cui genitori non sono legalmente noti, e de' quali la filiazione, se fosse conosciuta in fatto, altro effetto non produrrebbe che un impedimento al matrimonio (art. 161, 162 [158, 160]).

Il nostro titolo, la cui divisione è poco logica, presenta tre capitoli.

I primi due e la prima sezione del terzo trattano de' figliuoli legittimi. Di fatti il primo parla della filiazione de' figliuoli legittimi; parla il secondo delle prove di siffatta filiazione; e la prima sezione del terzo parla della legittimazione de' figliuoli nati innanzi al matrimonio — La seconda ed ultima sezione del capitolo 3.° trattano de' figliuoli illegittimi.

CAPITOLO PRIMO.

DELLA FILIAZIONE DE' FIGLIUOLI LEGITTIMI O NATI DURANTE IL MATRIMONIO.

Questa intitolazione è inesatta. Non è il solo figliuolo nato durante il matrimonio ch'è reputato legittimo; egli è altresì e specialmente tale colui ch'è concepito durante il matrimonio, quand'anche fosse nato dopo lo scioglimento di esso. Il principio della legittimità risiede, giusta l'art. 312 [234], nel concepimento durante il matrimonio, e se il semplice fatto del nascimento durante il matrimonio produce altresì questo risultato, ciò non è che per una disposizione di favore la quale non è neanche suscettiva di esser sempre applicata.

312 [254]. — Il figlio concepito durante il matrimonio ha per padre il marito. Nondimeno costui potrà non riconoscerlo se pruovi che durante il tempo interceduto dal trecentesimo fino al cento ottantesimo giorno innanzi il nascimento

(1) L'articolo 674 delle nostre leggi civili abbraccia le disposizioni degli articoli 756, 757 e 758 del Codice napoleone. Vedi le nostre osservazioni a questi articoli. (Nota del traduttore.)

(2) L'articolo 764 del codice francese non si legge nelle nostre leggi, per le ragioni che addurremo a luogo proprio. (Nota del traduttore.)

(3) L'articolo 234 per lo real decreto de' 27 aprile 1819 si legge nelle nostre leggi civili nel seguente modo:

« Il figlio concepito durante il matrimonio ha per padre il marito.

« Ciò non ostante questi potrà impugnare di

del fanciullo, egli era, sia per cagion di assenza, sia per effetto di qualche accidente, nella impossibilità fisica di coabitare con sua moglie (3).

SOMMARIO.

I. Osservazioni generali -- Regola *Pater est*.

II. Durata legale della gravidanza più lunga e della gravidanza più corta. Come si compie il termine. Dissenzione con Toullier e Zachariae.

III. Dell'azione di non riconoscimento. Non è permesso che per due ragioni. — Spiegazione delle prime cause.

I. — Il figliuolo veramente legittimo è sempre ed unicamente quello ch'è concepito per opera di due individui maritati nel momento del concepimento. Per saper dunque se un fanciullo che viene al mondo sia o pur no legittimo, si dovrebbero fare tre cose: 1.° ricercar l'epoca della concezione; 2.° vedere se a quell'epoca la madre testè sgravata era maritata; 3.° osservare se colui che era allora suo marito sia davvero il padre del fanciullo. Or di queste tre cose ce ne ha due che la natura ci pone nell'impossibilità di conoscere con certezza; conciossiachè se riesce agevole il sapere che la tal donna siasi sgravata di tal fanciullo e ch'ella era maritata a tal epoca, non ci è dato di sapere in qual epoca precisa cotesto fanciullo sia stato concepito, nè da qual uomo ingenerato. Faceva pertanto mestieri erigere in regola due semplici presunzioni. E questo ha fatto il nostro articolo.

Il quale comincia per dichiarare che quando una donna è maritata nel momento in cui concepisce, il marito di costei è il padre della prole. Ed in vero la colpa essendo un'eccezione e non potendo perciò supporre come principio, il debito di fedeltà coniugale deve far ritenere, finchè il contrario non sia provato, che la prole appartiene al marito. Alla stessa maniera pertanto che la legge romana diceva: *Pater est quem nuptiae demonstrant* (Dig. l. 2, t. 4, 5), il nostro codice proclama che « la prole concepita durante il matrimonio ha per padre il marito ».

II. — In quanto all'epoca del concepimento la legge non poteva determinarla se non che approssimativamente, designando il termine

« essergli padre, se proverà che, durante il tempo trascorso di trecento giorni compiuti prima della nascita del figlio, egli era, sia per causa di allontanamento, sia per effetto di qualche accidente, nella impossibilità fisica di coabitare colla moglie.

« Similmente potrà impugnare la sua paternità, se proverà che, durante il tempo trascorso dal trecentesimo fino al centottantesimo giorno prima della nascita del figlio, era egli nella stessa impossibilità fisica di coabitare colla moglie. »

(Nota del traduttore.)

più corto e quello più lungo possibile della gravidanza. E così per appunto ha fatto col secondo comma dichiarando a proposito della prova di non paternità cui dal marito volesse farsi, che la gestazione non può mai durare meno di cento ottanta giorni, nè più di trecento (1). Dunque il concepimento può reputarsi avvenuto, secondo che il richiede l'interesse della prole, in tale o tal altro momento dei centventuno giorno che sono interceduti fra il trecentesimo e il cento ottantesimo giorno innanzi il suo nascimento. Così il fanciullo che nasce centosettantanove giorni dopo la celebrazione del matrimonio, ovvero prima di questo termine, è stato concepito innanzi il matrimonio; e quello che nasce trecento e uno giorno dopo lo scioglimento, ovvero più tardi di questo termine, è stato concepito dopo il matrimonio. Rigorosamente e secondo i principii di legge nè l'uno nè l'altro sono legittimi. L'opposto sarebbe se il primo fosse nato il giorno seguente, e l'altro fosse nato il giorno precedente.

Questa proposizione che possiamo attenerci o alla più corta od alla più lunga gestazione, secondo che il richiede l'interesse della prole, è dettata dalla ragione; imperciocchè è evidente come una tal latitudine di cento ventun giorno sia stata per appunto accordata in favor della prole. Oltre a che essa è altresì giustificata dal testo stesso del Codice negli art. 314 e 315 [236 e 237]. Di fatti, secondo l'art. 314 [236], il marito non può non riconoscere la prole perchè concepita innanzi il matrimonio, se non quando tal prole nasce prima del cento ottantesimo giorno dal dì delle nozze; e reciprocamente, secondo l'art. 315 [237], la legittimità della prole non può essere contrastata se non quando essa prole sia nata dopo trascorsi trecento giorni dal dì dello scioglimento del matrimonio. Del resto non monta che il nascimento avvenga al principiare, nel mezzo od in sul finire della giornata, purchè avvenga nel giorno cento ottantesimo al più presto, o nel giorno trecentesimo al più tardi. Il testo medesimo del nostro articolo li dice, e questo è peraltro il principio generale secondo il quale la legge computa i termini; essa conta sempre *de die ad diem* e non mai *momento ad momentum* (art. 2147, 2260 e 2261 [2011, 2166 e 2167]).

Tutti consentono su questo punto, ma non tutti sono d'accordo allorchè trattasi di novare il giorno della celebrazione del matri-

monio fra i centosettantanove giorni dopo i quali comincia la legittimità, ovvero quello dello scioglimento fra i trecento giorni dopo i quali cessa la legittimità. Alcuni, e segnatamente Toullier (II, 791), vogliono che debbansi novare tutti e due questi giorni; Zachariae (III, p. 623) al contrario, fondandosi sulla regola, che prescrive non doversi nel computare i termini in generale, calcolare il giorno dal quale il termine comincia, *dies a quo non computatur in termino*, insegna che non debbansi contare nè l'uno nè l'altro dei due suddetti giorni.

Se si dovesse scegliere fra queste due dottrine noi non esiteremmo a seguire quest'ultima che si appoggia alla regola generale su i termini; ma noi crediamo doversi rigettare entrambe. Le regole generali di computazione dei termini o di procedura non possono applicarsi ad una materia, se non quando i principii generali che regolano total materia non vi si oppongono. E ciò avviene nel soggetto caso pel calcolo per giorni o non per ora. Ma la regola che esclude il *dies a quo* ne' due termini di centosettantanove giorni e di trecento giorni, come quella che li include entrambi, sarebbe qui una violazione dello spirito e del testo della legge. Egli è per favorire la legittimità che si è raccorciato od esteso il termine, egli è dunque il favore della legittimità che deve prendersi per punto di partenza. Il perchè giustizia vuole che fra i centosettantanove giorni che debbono trascorrere dal giorno del matrimonio vada computato il *dies a quo* ossia il giorno della celebrazione, poichè il concepimento era possibile in quel medesimo dì. Onde l'art. 314 [236] non permette di non riconoscere la prole nata innanzi il cento ottantesimo giorno del matrimonio, ch'è quanto dire nata fra i centosettantanove dal matrimonio; ora il primo giorno del matrimonio è quello della celebrazione e non la dimane. Reciprocamente, ne' trecento giorni dopo i quali la legittimità cessa, il favore alla legittimità esige che non vada computato il *dies a quo*, ossia il giorno dello scioglimento, perchè in questo giorno ancora il concepimento era possibile. Onde l'articolo 315 [237] non permette di dichiarare illegittima, per concepimento posteriore al matrimonio, non già la prole nata il trecentesimo giorno, ma bensì quella che nasce dopo trascorsi trecento interi giorni dopo lo scioglimento; ora, alla mezza notte che succede allo scioglimento, è chiaro che non è trascorso un giorno intero dallo scioglimento il numero ineguale di giorni, non è già il termine di sei ovvero dieci mesi al quale bisogna attenersi, ma bensì rigorosamente quello di cento ottanta ovvero trecento giorni.

(1) Abbiain già detto che secondo il calendario repubblicano, sotto il quale il Codice fu fatto, queste cifre rispondevano a quelle di sei mesi e dieci mesi, ciascun mese essendo allora di trenta giorni. Oggidì che i mesi si compongono di un nu-

le ha potuto non aver luogo, per la morte del marito, se non che alle ore dieci o undici della sera.

Dunque il *dies a quo* è compreso ne' cento settantannove giorni dal matrimonio, ed è escluso dai trecento giorni dallo scioglimento.

Nè si appunti d' inconseguenza la nostra dottrina, giusta il Zachariae, come quella che ammette da una parte ciò che rigetta dall'altra. Primamente la pretesa inconseguenza non si potrebbe addebitare a noi, ma sì alla legge la quale così decide negli art. 314 e 315 [236 e 237]; ma cotesta pretesa inconseguenza punto non esiste, e la legge è ragionevolissima perchè il principio che serve qui di punto di partenza è l'interesse della legittimità, e questo interesse esige di ammettere in un caso ed escludere nell'altro il *dies a quo*. Dunque le due decisioni opposte sono entrambe, ne' due casi opposti ai quali si applicano, la conclusione logica delle premesse.

III. — Abbiain detto che la presunzione, per virtù della quale la prole concetta da una donna maritata appartiene al marito, non è dalla legge ammessa se non che fino a quando non si pruovi il contrario. Ed in fatti è data facoltà al marito, non assolutamente, ma in due congiunture, di non riconoscere la prole concetta da sua moglie durante il matrimonio, ossia di provare e far dichiarare che quella prole non è sua. Uno di questi due casi è denotato dal nostro articolo, l'altro è preveduto dal susseguente.

La prima causa che dà diritto al marito d'introdurre l'azione di non riconoscimento della prole concetta da sua moglie durante il matrimonio, è l'impossibilità fisica nella quale ei sarebbesi trovato di coabitare con lei durante i centventuno giorni ne' quali è posto dalla legge il periodo del concepimento. Tale impossibilità deve derivare o dalla separazione de' due coniugi, o da altro accidente che avesse posto il marito fuori stato di aver commercio con sua moglie. Il testo della legge e la ragione altresì dicono che non basti una grande improbabilità, non una difficoltà grave, non quelle presunzioni che moralmente e per modo di dire addimandansi eziandio impossibilità; fa mestieri un' impossibilità fisica, materiale, assoluta. Così, benchè due coniugi dimorassero abitualmente l'uno in Parigi e l'altro in Bourges, il marito non potrebbe essere ammesso a provare che durante i centventuno giorni ai quali risale il concepimento egli non abbia mai lasciato Bourges, e la moglie non sia mai uscita da Parigi. L'intervallo potendo percorrerli in poche ore, ben avrebbe potuto il marito aver fatto collezione co' suoi amici a Bourges, e desinar con essi la dimane, dopo aver passato a Parigi parecchie ore con sua moglie; e questo intanto

non impedirebbe a testimoni coscienzosissimi di affermare che l'abbiano veduto tutti i giorni in Bourges. Certo non poteva la legge preservare che la distanza che separa i due coniugi fosse di centventuno giorni di viaggio, imperciocchè ciascuno di essi potendo fare la metà del cammino, questo termine basterebbe a farli riunire in un punto partendo dai due estremi opposti del mondo; sì che il globo intero non presenterebbe due punti talmente discosti l'un dall'altro per dar luogo all'applicazione del nostro articolo. Vuolsi pertanto che interceda fra loro una distanza abbastanza grande, perchè il giudice, mercè le circostanze indicate da' testimoni, acquisti la certezza che sia stato affatto impossibile ai due coniugi di riunirsi per un solo istante. S'intende del resto, esser questo un punto di fatto che va abbandonato alla discrezione dei tribunali.

L'accidente menzionato dall'articolo deve parimenti esser di natura da impedire al marito di compier l'atto della generazione; deve pertanto cotesto accidente ridurlo a tale stato d'impotenza che quand'anche non duri sempre, duri almeno per centventuno giorno. Inoltre quest'accidente deve aver luogo posteriormente al matrimonio; il testo come lo spirito della legge l'indicano abbastanza, senno che dall'un de' lati la legge ponendo l'accidente sopravvenuto al marito nella medesima linea che l'allontanamento, mostra che non trattasi di fatti anteriori al matrimonio; dall'altro lato, l'articolo susseguente non permettendo mai al marito di non riconoscere la prole sull'appoggio della sua naturale impotenza, quand'anche tale impotenza fosse manifesta, mostra che il legislatore non vuole accogliere il pianto di un marito il quale abbia la colpa di aver ingannato sua moglie.

§ 233 [235]. — Il marito non potrà, allegando la sua naturale impotenza, non riconoscere la prole; non potrà neanche non riconoscerla per cagion d'adulterio, a meno che il nascimento non gli fosse stato celato; nel qual caso gli sarà permesso di proporre tutti i fatti acconci a giustificare ch'ei non ne sia il padre.

SOMMARIO.

1. Seconda cagione di non riconoscimento della prole concetta in matrimonio. Essa si fonda sulle impossibili mode di coabitazione.
- II. Spetta al marito a provare in primo luogo che l'adulterio coincide coll'epoca del concepimento, e l'ecclusione del nascimento; secondariamente i fatti giustificativi della sua non coabitazione.
- III. L'azione può essere ammessa sotto condizione di dare in appresso la prova dell'occultazione e dell'adulterio; ma questa prova a der' esser sempre data oltre quella degli altri fatti. Errore di parecchie decisioni — Contraddizione di Brémont.

I. — La seconda ed ultima causa che permette al marito d'intentare un'azione per non

riconoscimento della prole nata da sua moglie e conceputa durante il matrimonio, è l'adulterio di costei accompagnato da questa circostanza, che cioè, ella abbia celato al marito il nascimento del fanciullo.

Vuolsi però ben comprendere l'articolo. Questo doppio fatto di essersi la donna resa colpevole di adulterio e di aver poscia celato al marito il nascimento della prole, non basta a far dichiarare che la prole non appartenga al marito, permette a quest'ultimo di provare ch'ei non ne sia il padre. Potrebbe infatti avvenire che la donna avesse avuto colpevoli relazioni con altri nel momento nel quale approssimativamente supponesi il concepimento, e che il pensiero che il feto per lei portato nel ventre appartenesse all'amante, l'avesse indotta a celare al marito il suo nascimento, potrebbe, dicevamo, avvenire che queste due circostanze si verificassero congiuntamente e che ciò nondimeno i rapporti abituali fra il marito e la moglie rendessero impossibile di affermare che la prole non appartenga al marito. Ond'è che siccome questi due fatti dell'adulterio, cioè, che coincide coll'epoca possibile pel concepimento, e coll'occultazione del nascimento danno molto peso alla pretensione del marito, così la legge gli permette d'intentare un'azione di non riconoscimento e di aggiungere alla prova di questi due fatti, de' quali il tribunale terrà conto, la prova altresì di altri fatti acconci a compiere la giustificazione del non riconoscimento.

I quali altri fatti sarebbero, a mo' d'esempio, la separazione abituale de' due coniugi; le male intelligenze che regnano fra loro; l'età canuta del marito ovvero le sue infermità; la separazione di corpo già pronunziata fra loro, ecc., insomma tutte le circostanze adatte a dimostrare una impossibilità morale di coabitazione.

II. — È imposto al marito, come a sufficientemente la prova l'economia del nostro articolo, e come d'altra parte l'esigono i principi generali, di provare tutti i fatti i quali motivar debbono l'ammissione del non riconoscimento. Non è già la moglie che deve provare di non esser stata adultera, di non aver fatto nulla per celare il nascimento della prole, ma bensì il consorte deve addur la prova di quanto asserisce: *Incumbit probatio ei qui dicit non ei qui negat*. È vano il dire, con Delvincourt, per quel che concerne l'occultazione, esser questo un fatto negativo; conciossiachè la legge prescrive al marito non di provare ch'egli non abbia conosciuto il nascimento, ma sibbene di provare che la consorte avesse adoprato tale o tal altro mezzo per celargliela, il che costituisce un fatto ben positivo. Si comprende, del resto, che i tribunali hanno

in questo come in ogni processo in generale, picna latitudine per decidere se il tale o il tal'altro fatto sia abbastanza provato, e che in mancanza di dimostrazioni rigorose, cosa rarissima a trovarsi, ben possono ed debbono attingere la loro convinzione nelle presunzioni che si derivano dal complesso delle circostanze in conformità dell'art. 1353 [1307].

Abbiam detto che l'adulterio, perchè permetta al consorte di non riconoscere la prole, deve aver esistito ne' centventuno giorni ne' quali il concepimento ha dovuto aver luogo. E chiaro in fatti che allegare un adulterio commesso sel o sette anni prima non darebbe nessuna verisimiglianza alla pretensione del marito il quale sostenesse che la prole testè nata non è sua prole. D'altra parte il nostro articolo esigendo simultaneamente l'adulterio e l'occultazione del nascimento, mostra abbastanza che abbia inteso parlare di un adulterio del quale tal nascimento potesse essere il frutto. Se non che quel che abbiam detto or ora circa la latitudine concessa ai tribunali nello ammettere le prove, modifica molto il rigore che si deriva dalla necessità di una tal coincidenza. Potendo in fatti i tribunali, anzi dovendo, ove ne accadesse il bisogno, attingere il loro convincimento nelle semplici presunzioni, se il marito provasse l'esistenza di relazioni colpevoli in un'epoca di poco anteriore ai centventuno giorni del concepimento, e che d'altra parte l'occultazione del nascimento fosse ben dimostrata, la prova di questi due fatti crescerebbe molta forza agl'indizi, per quanto leggeri fossero, di essersi costese relazioni continuate durante i centventuno giorni, e i giudici potrebbero dall'insieme de' fatti desumere una prova sufficiente dell'esistenza dell'adulterio in quest'ultima epoca.

III. — Non è prima di essere ammesso a procedere sulla sua dimanda di non riconoscimento che il marito provar debbe l'adulterio e l'occultazione del nascimento. La sua dimanda può essere accolta, prima di far nessuna prova, sotto condizione e rimanendo a suo carico di dimostrare primamente l'adulterio e l'occultazione, e poscia gli altri fatti acconci a dare, o meglio a compiere la giustificazione del non riconoscimento. Chè se fosse altrimenti, se prima d'intentare l'azione pel non riconoscimento, egli provar dovesse l'adulterio e l'occultazione, la combinazione de' testi del Codice menerebbe all'assurdo. Di fatti il più lungo periodo concesso al marito per intentare l'azione in parola è di due mesi a decorrere dal dì del nascimento conosciuto (art. 316 [238]); o innanzi che il marito avesse fatto giudicare prima dal tribunale civile e poscia (perocchè non mancherebbe certo l'appello) dalla corte di

appello l'occultazione e l'adulterio, trascorrerebbe necessariamente un tempo maggiore di due mesi; di modo tale che si risponderebbe allora a cotesto marito che la sua dimanda di non riconoscimento non è ammissibile..... Egli è dunque sotto la semplice condizione di produrre in appresso le prove volute dalla legge che la sua azione sarà ammessa in origine.

Ma bisogna ben guardarsi di concludere, siccome han fatto parecchie decisioni, che poichè l'azione può e dev'essere accolta salvo la prova posteriore, non abbia bisogno per quel che concerne l'adulterio di esser fatta direttamente; e che possa il marito, dopo aver provato il fatto dell'occultazione, venire a dirittura a dar la prova de' fatti che giustifichino con'egli non sia il padre della prole. A che, dicesi, esigere la prova separata speciale e dell'adulterio? Se il marito perviene a provare che la prole non è sua, rimarrà provato altresì necessariamente che la moglie è stata adultera.

Così una decisione della corte di Roano del 5 marzo 1828 che aveva giudicato in questo senso, essendo stata deferita alla corte di cassazione, quest'ultima confermò la decisione con arresto del 25 gennaio 1831 nel quale si legge: «Attesochè per l'art. 313 l'occultazione del nascimento è la sola condizione che la legge esige per l'ammissione del non riconoscimento FONDATA SULL'ADULTERIO; e che la prova giuridica dell'adulterio sarebbe assolutamente senza oggetto, poichè la prova di non essere il marito il padre della prole non riconosciuta non può esser fatta senza implicar necessariamente quella dell'adulterio di sua moglie; e che però basta che il nascimento sia stato celato al marito perchè si dia luogo ad ammettere il non riconoscimento per causa di adulterio, ec., ec.» (Devill. f. 81).

E questo il circolo vizioso che viola così le regole della sana logica come lo spirito e la lettera del nostro articolo. Se la legge, tranne il caso d'impossibilità fisica di coabitare insieme, non ammette il marito a giustificare il non riconoscimento se non provando che sia stato commesso l'adulterio e l'occultazione, non può farsi assegnamento sopra un adulterio il quale non è altrimenti provato che come la necessaria conseguenza del non riconoscimento già giustificato. . . . A chi chiedesse a che serve la prova separata dell'adulterio risponderemmo: Eh che l'v'ha forse chi non comprende l'immensa differenza che intercede fra quel marito che si limita a dimostrare ai giudici l'immensa probabilità di non aver egli avuto commercio con sua moglie all'epoca del concepimento della prole, e quell'altro che a questa me-

desima dimostrazione aggiunge eziandio la prova diretta e precisa di aver sua moglie intrattenuto criminoso relazioni col tal giovane in quell'epoca per appunto? E notisi bene; quando il marito può provare in modo assoluto di non esser esistito nessun rapporto fra lui e sua moglie nei centventuno giorni del concepimento; quando può dimostrare la impossibilità fisica, ossia rigorosamente certa, della coabitazione, allora non è più il caso del nostro articolo, ma bensì quello dell'articolo precedente, e il marito può allora non riconoscere la prole provando unicamente cotesta impossibilità. La ragione ciò detta, ma la ragione detta del pari che quando il marito dimostrasse soltanto la inverisimiglianza della propria paternità, ne giustificasse la grande improbabilità, e in altri termini ne provasse l'impossibilità morale, dovesse allora corroborarla con altre circostanze; e queste altre circostanze che la legge richiede sono per appunto ch'ei debba provare l'adulterio della consorte e l'occultazione del nascimento. Egli è perchè si è confusa l'impossibilità fisica prevista dall'articolo 312 [212], coll'impossibilità morale prevista dal nostro articolo che non si è ben compreso quest'ultimo. E che significherebbero in fatti, stando alla falsa teorica che oppugniamo, queste parole del nostro articolo ANCHE per causa di adulterio? Qual significato hanno esse se non questo in caso di adulterio specialmente e direttamente provato?

Però al corpo legislativo fu detto: «Il progetto di legge non ammette la impossibilità morale. . . . se non sotto tre condizioni » formali, e queste sono che l'adulterio sia costante..... che la moglie abbia celato al marito il nascimento e che adempiute » queste due prove, il marito presenti ben » anche la prova di fatti acconci a giustificare, ecc.... (Fenet, t. X, p. 217.)

Queste idee sono tanto vere che gli arresti i quali se ne sono discostati sono costretti a contraddirsi ad a farsi essi medesimi a ripulzare la propria loro dottrina. Di fatti essi parlano del caso speciale di un non riconoscimento fondato sull'adulterio e dicono poi che l'adulterio è necessariamente la base di ogni non riconoscimento. Or se l'adulterio fa fondamento ad ogni non riconoscimento, qual sarebbe dunque il non riconoscimento particolare che voi dite fondato sull'adulterio? Qual differenza intercederebbe fra il non riconoscimento dell'una e dell'altra specie?.... Pure questa differenza è ben semplice: nell'art. 312 [231] è l'ammissione del non riconoscimento che produce la prova dell'adulterio; nel nostro articolo al contrario è la prova dell'adulterio che produce l'ammissione del non riconoscimento. Se dunque è così, se la

prova dell'adulterio, la quale, nell'art. 312 altro non è che l'effetto del non riconoscimento, ne diviene la causa nel nostro articolo, bisogna bene che questa prova sia fatta prima che il non riconoscimento sia ammesso (1).

Poco importa l'ordine secondo il quale costestè tre prove saran fatte; ben si può provare dapprima la impossibilità morale della paternità e poscia le relazioni adultere della moglie e viceversa; ma è necessario sempre che questo triplice oggetto sia provato, e senza la prova di queste tre circostanze riunite, il non riconoscimento non potrebbe essere ammesso senza violar la legge. Così, per esempio, la dichiarazione che facesse la moglie riconosciuta adultera, che la prole non è del suo marito, non potrebbe tener luogo dell'occultazione del nascimento. E vero che l'occultazione del nascimento non ha altro effetto se non di provare che nell'animo della moglie ha albergato il pensiero che la prole non era del marito, sicchè parrebbe naturale il desumerne che una confessione formale fatta da lei aver dovesse la medesima forza. Tuttavolta sarebbe un errore questo, imperciocchè ben potrebbe accadere che la donna, anche essendo convinta della paternità del suo consorte, pure per isdegno, per ira o per vendetta della ingiuriosa azione da lui intentata contro di lei, gli gettasse sul volto quella umiliante dichiarazione.

314 [236]. — Il marito non potrà non riconoscere la prole nata prima del centottantesimo giorno dal matrimonio ne' seguenti casi: 1. s'egli ha avuto conoscenza della gravidanza innanzi al matrimonio; 2. se ha assistito all'atto di nascita, e se cotale atto è sottoscritto da lui o contiene la sua dichiarazione di non saper scrivere; 3. se il neonato è dichiarato di non poter vivere.

SOMMARIO

1. La prole semplicemente nata in matrimonio è eredità legittima. — È questa, quando si considera il tempo anteriore al nascimento,

(1) Conf. Duranton (III-52), Proudhon e Valette (II p. 30-33), Zachariae (III p. 640, Duvergier (sopra Toullier, II-816). In quanto a Demolombe (Vedi I n. 40-46), egli insegna qui il sì ed il no senza addarsene. Egli comincia per combattere, come noi, il sistema seguito dagli arresti, ma finisce poi per combattere il nostro sistema e ricadere senza accorgersene nel primo, credendo di tenere un giusto mezzo il quale non può esistere. Senza dubbio, egli dice, debbonsi fare tre prove: quella dell'adulterio è indispensabile ed in ciò la giurisprudenza ha torto, ma questa prova non ha mestieri di esser separata, essa risulterà sufficientemente dai fatti che provano la non paternità del marito.... Or come De-

Marcadé T. I.

un caso di semplice legittimazione. Censura della dottrina di Demolombe.

- II Il marito non può poi non riconoscere la prole quando ha confessato la paternità sua. — In ogni caso l'impossibilità dichiarata di vivere rende impossibile il non riconoscimento.

I. — L'idea espressa in questo articolo è la conseguenza di due altre idee ch'esso sottintende o che importa di ben comprendere. . . Poichè la prole nata innanzi il cento ottantesimo giorno dal matrimonio, e conseguentemente conceita innanzi il matrimonio istesso, non può, ne' casi preveduti dall'articolo, non esser riconosciuta dal marito; il non riconoscimento può dunque aver luogo per regola generale. Dippiù, se la prole nata durante il matrimonio, ma concepita innanzi, può essere non riconosciuta, ne conseguita che in tesi generale e di pieno diritto essa è legittima. Laonde, la prima idea che vuoi comprendere qui, idea che il nostro articolo, senza esprimerla, la suppone necessariamente, si è, che la prole semplicemente nata dopo il matrimonio, è o rimano prole legittima fino a che il non riconoscimento abbia luogo.

Devesi di fatti credere, fino a che il contrario non sia provato, ch'essa è frutto del commercio fra' due individui oggi maritati; e siccome il figliuolo bastardo di due persone viene ad esser legittimato dal loro susseguente sponsalizio, così è ben giusto che questo sponsalizio legittimi con maggior ragione la prole di che la donna è incinta al momento della celebrazione. E cotale prole, illegittima ne' primordii del concepimento, avendo ricevuto il beneficio della legittimazione e quindi la qualità di legittima nel seno materno e prima di venire al mondo, è dalla legge alligata non tra' figliuoli legittimati, ma bensì nella classe de' figliuoli legittimi propriamente detti. Ci ha pertanto due classi di figliuoli legittimi: 1. quelli che il sono fin dal loro concepimento; 2. quelli che dopo di esser bastardi alcun tempo nel seno della loro madre, sono stati legittimati prima di veder la luce. I primi son quelli concepiti nel matrimonio; i secondi son quelli che vi nascono solamente. Circa poi la qualificazione di le-

molombe non ha egli veduto che il dichiarar sufficiente una prova dell'adulterio, la quale non riposa che sopra fatti comprovanti la non paternità, è, se non in sostanza, quel che dicono gli arresti, che cioè questa prova dell'adulterio è soverchia e che in vece di tre prove non se ne debbono fare che due, quella cioè dell'occultazione e quella della non paternità? Certo ciò è evidentissimo, perocchè qualunque volta sia provato che il marito non è il padre della prole, rimane necessariamente provato altresì che la moglie è stata adultera. Non ci ha mezzo termine possibile fra i due sistemi opposti della giurisprudenza e della dottrina, e la spiegazione del Demolombe non è che una flagrante contraddizione.

gittimati, la legge non l'attribuisce formalmente se non a que' figliuoli che hanno vissuto alcun tempo colla qualità di bastardi nella società, e non sono divenuti legittimi che posteriormente al loro nasimento.

Se non è censurabile cotesta teorica del Codice (sendo che egli è solamente per la sua nascita e non pel suo concepimento che la prole forma veramente una persona), egli è pur vero nondimeno che la regola del nostro articolo non offre il caso di legittimità se non quando si pon mente al nasimento, chè se si guarda il tempo anteriore si ha allora il caso di semplice legittimazione per matrimonio susseguente. Questa verità, contraddetta nei tempi andati per alcuni autori, ma proclamata poi dal maggior numero o dagli arresti, è riconosciuta dopo il Codice civile da tutti i suoi interpreti (1), ritorna ora ad essere oppugnata da Demolombe (V-57 a 63) il quale pretende che il figliuolo di che facciam parola sia rigorosamente e assolutamente legittimo. Se non che cotale sua dottrina, insostenibile in principio e che noi vedremo nel comma susseguente contraddetta da Demolombe stesso, questa dottrina, diciamo, si confuta da sè medesima come quella che mena a dichiarare figliuolo legittimo (e così in effetti fa Demolombe al n. 63) colui del quale la moglie di un uomo viene a sgravarsi due o tre mesi od anche meno dopo lo scioglimento del primo matrimonio di quest'uomo, quantunque sia allora materialmente evidente che se il marito ne è il padre, è padre adulterino! L'onorevole professore fa indarno ogni suo sforzo per rendere morale e legale un risultato cotanto esoso; egli è troppo evidente che non si potrà pervenir mai a giustificarlo. Indarno pure egli invoca una decisione della corte di Colmar (15 giugno 1831; Dev. 31, 2, 336), perciocchè quella decisione non solo non ha sentenzia, ma non ha neanche esaminata la quistione, limitandosi a pronunziare che l'azione di colui il quale voleva far dichiarare adulterina la prole non era ammissibile *pel momento*, perchè non intentata contro un tutore *ad hoc*. Indarno finalmente cerca egli

menomare l'autorità degli autori antichi che gli si oppongono, e segnatamente di Furgole, dicendo che quelli autori non trattano se non di una prole adulterina nata innanzi al matrimonio susseguente e non già durante questo secondo matrimonio. La qual risposta non ha alcun fondamento, imperciocchè tutti gli autori antichi, tutti senza eccezione e qualunque opinione avessero sugli altri punti della quistione, sono concordi in questo che il tutto riducevasi a definire lo stato delle cose, se cioè trattavasi del concepimento della prole, ovvero del momento del suo nasimento, e che da ciò solo potevasi discernere se fosse o pur no adulterina. E questi autori che sostenevano la seconda opinione, aggiungevano che la prole concepita in adulterio era non pertanto legittimata se nasceva dopo il matrimonio de' suoi genitori; ed era semplicemente bastarda se nasceva dopo il matrimonio, ma però in epoca in cui il padre e la madre eran divenuti liberi. Quelli autori poi che sostenevano la prima opinione dicevano che la prole era adulterina in tutti i casi. Così le due ipotesi di esser cioè liberi il padre e la madre, e di aver contratto matrimonio fra loro, erano trattate simultaneamente da tutti gli autori, e Furgole egli stesso dice in fatti « che la macchia è contratta pel concepimento, e che il MATRIMONIO SUSSEGUENTE non può nè lavarla nè purificarla » (2). Laonde i due arresti del 1617 e del 1773 furono renduti entrambi in occasione di figliuoli nati durante il matrimonio dei loro autori. E però la dottrina che ora Demolombe vorrebbe far risuscitare, trovasi condannata ad una volta e dall'antica nostra giurisprudenza, come abhiam testè dimostrato, e dalla ragione; imperciocchè evidentemente risulta dal fatto in parola che uno degli autori della prole al tempo della generazione era maritato con altri o non col secondo autore d'ondo l'adulterinità della prole risulta, che per altro lo stesso Demolombe riconosce (n.° 346, 348, 351).

Il fatto che il nostro articolo non presenta, quando si considera il tempo anteriore al ma-

(1) Cont. Charondas, Lebrun, Rousseau de Lacombe. — Conf. Pierasa, Pirrhus, Roscelis, Salicetti, Péréz, Furgole, Pothier e moltissimi altri, dice Merlin. Arresti del parlamento di Bordeaux, 14 feb. 1617; del parlamento di Parigi, 10 mag. 1773; Merlin (Rep. v. Legittimaz. sez. 2, § 2, 7), Favard (ibid. § 4), R. de Villargues (Figl. nat. n.° 191), (Duranton (III-24), Démante (Pr. I-310), Zachariae (III. p. 625), Valette (II-p. 22).

(2) È risaputo come Papa Alessandro III, nel lib. 4 delle decretali, *tit. qui filii sint legitimi*, cap. tanta, asserì diventare pel susseguente matrimonio, legittimi i figli nati prima; e ciò per la forza del sacramento, *tanta est vis sacramen-*

ti, ut qui antea geniti sunt, post contractum matrimonium legitimi habeantur. Papa Innocenzo III, fra gli altri suoi pregi, giureconsulto esimio, permise il matrimonio fra gli adulteri divenuti che fossero liberi, sendo stato infuso a' suoi tempi fra questi individui proibito il matrimonio, pericocchè i figli nati da costoro per la ceannata decretale diventavano legittimati pel susseguente matrimonio. Per noi quindi, che il matrimonio si celebra innanzi la Chiesa, sembra piuttosto doversi ritenere la proposizione inversa di Furgole, e dire che « il matrimonio susseguente può lavare e purificare la macchia contratta pel concepimento. Vedi le nostre osservazioni nell' art. 331. (Nota del traduttore).

trrimonio, se non un caso di legittimazione, fa sì che il beneficio di questo articolo, che non è applicabile ai figliuoli concepiti in adulterio o incestuosi (art. 331 [253]), nol sia nè tampoco a coloro il cui concepimento ha semplicemente la macchia di bastardo. Così, siccome per esser erede di una persona bisogna in primo luogo esser stato concepito nel momento in cui questa persona muore (art. 725 [616]), e bisogna inoltre essere suo legittimo parente (art. 736 [674]), ne conseguita che ogni prole la quale nasca innanzi il centottantesimo giorno dal matrimonio non abbia nessun diritto alle successioni aperte prima di tal matrimonio, imperciocchè se è vero che al momento dell'apertura della successione essa era già concepita, è vero altresì che non era legittima. Nessuno impugna cotesta verità, neanche il Demolombe (n° 64), senz'accorgersi che con ciò egli scrolla e rovina dalle fondamenta la tesi della legittimità assoluta della prole per lui sostenuta. Che cosa è in fatti la legittimità? Che è la legittimazione? Qual differenza intercede fra l'una e l'altra? La legittimità, e Demolombe il proclama egli stesso, è il risultato della *realtà* (certa o presunta, poco importa) di un concepimento operatosi durante il matrimonio; la legittimazione al contrario è una *fazione*, mercò la quale si considera come legalmente operatosi al giorno del matrimonio o subito dopo la sua celebrazione un concepimento che si sa bene essersi operato prima. La legittimità riposa dunque sul fatto vero (o creduto tale); la legittimazione invece riposa sopra un fatto fittiziamente creato dalla legge. Or quando una prole nasce innanzi al cento ottantesimo giorno dal dì dello spozalizio, ossia quando nasce innanzi l'epoca del *minimum* della gestazione ammessa dalla legge (quando per esempio nasce, e si è veduto qualche volta, il dì seguente alle nozze), allora è evidente che è per *fazione* che il concepimento si reputa avvenuto durante il matrimonio, dappoichè la legge punto non presume che vi sia una gestazione di sole 24 ore. Or poichè ha luogo una finzione, ha altresì luogo una legittimazione.

II. — Così dunque per regola generale, salvo il caso di concepimento adulterino o incestuoso, la prole di che la donna è incinta nel momento dello spozalizio viene ad esser legittimata dal matrimonio e nasce poi legittima. Ben inteso però che la legittimazione non è possibile se non per quelle proli, i padri e le madri delle quali sono legalmente conosciuti (art. 331 [253]); e nel caso del nostro articolo la legittimazione ha luogo senza il riconoscimento formale del marito, ciò è perchè la legge vede, nel fatto di costui di sposare la madre della prole in quistione, un ricono-

scimento presunto della paternità sua. Ond'è che ove il marito, con una dichiarazione formale che la prole non è sua, venisse a distruggere cotai presunzioni di riconoscimento, non vi sarebbe stata legittimazione possibile, e la prole sarebbe nata bastarda. Ed è per ciò che il nostro articolo dà facoltà al marito di non riconoscer la prole senza esiger da lui nessuna giustificazione, bastando il semplice niego di sua paternità.

Ragion vuole però che non sia lo stesso quando il marito si facesse a sconsocere oggi una prole ch'egli abbia precedentemente riconosciuta per sua. La confessione fa sì che la legittimazione si adempia, e quando una volta la prole è divenuta legittima, niuno può toglierle questa qualità. Or la legge tiene in conto di confessione, tacita sì ma certa, di paternità queste due circostanze: 1.° quando il marito abbia avuto conoscenza della gravidanza della donna prima di sposarla; conciossiachè in verità sposare scientemente una donna incinta vale dichiararsi al cospetto di tutti per padre della prole che ella porta nel seno; 2.° quando ha assistito alla redazione dell'atto di nascita della prole, e che lungi dal protestare contro la qualità di legittima, che le si attribuiva, egli l'ha sancita colla sua firma. È inutile aggiungere che ove il marito non sapesse o non potesse firmare, la dichiarazione per lui fatta in proposito, constatata dall'uffiziale pubblico, equivale in questo come in tutti i casi alla sottoscrizione sua.

Se non che questi due casi evidentemente non sono i soli ne' quali ha luogo la confessione del marito. Così, quando costui, assente nel momento del parto di sua moglie, scrive ad un suo amico pregandolo di assistere in sua vece alla redazione dell'atto di nascita di suo figlio; ovvero scrive a sua moglie congratulandosi seco lei del suo felice sgravio e del figliuolo ch'ella gli ha dato; o finalmente, se muovendo per un viaggio lungo e pericoloso faccia un testamento col quale nomina un avvocato per assistere sua moglie nella tutela della prole nascitura (art. 391 [313]); quando insomma un fatto qualsiasi del marito contenga necessariamente una confessione confermativa della presunzione di riconoscimento che la legge desume dal matrimonio, è chiaro allora non esser possibile il non riconoscimento posteriore. Ma in mancanza di confessione formale o tacita, la prole può esser sempre non riconosciuta dal marito, nè si può ammettere contro di lui la prova che essa gli appartiene, imperciocchè fino a tanto che non siasi eseguita la prova della legittimazione, essa è un figlio naturale, e la paternità naturale, che vorrebbe che si far valere per desumerne cotai legittimazione, non può provarsi che mediante un rice-

noscimento volontario (art. 340 [263]).

Ci ha nondimeno un caso nel quale anche senza la confessione del marito il nostro articolo non permette a quest'ultimo di far dichiarare illegittima la prole. Questo caso è quando la prole nasce *inabile a vivere* (*non vitale*), cioè che nasca vivente, ma costituita in modo che le sia impossibile di continuare a vivere, *vitalis habilis*. Allora in fatti nè la prole e nè nessuno de'suoi rappresentanti aver potranno giammai nessuna maniera di diritti; essa è considerata dalla legge come se mai non avesse esistito (art. 725-2.° [616-2.°]). La legge in fatti non doveva permettere uno scandalo inutile, e questo motivo, che ha dato occasione alla disposizione della legge, abbastanza dimostra che la impossibilità di non riconoscere una prole nata in condizione di non essere abile a vivere si applichi a tutti i casi possibili. Il marito, a mo' di esempio, potrebbe agevolmente provare l'impossibilità fisica di aver coabitato con sua moglie per desumerne l'adulterio di costei e far pronunziare la separazione personale, ma non potrebbe esser mai questione del non riconoscimento della prole, perchè l'interesse essendo in ogni cosa la base delle azioni che s'introducono presso i tribunali, qui non v'ha interesse possibile a talo non riconoscimento.

315 [237]. — La legittimità della prole nata trecento giorni dopo lo scioglimento del matrimonio può essere impugnata.

SOMMARIO

- I. Dello scioglimento per non riconoscimento, per contestare la legittimità, per impugnare lo stato, e per revindicare lo stato.
- II. Il nostro articolo non offre un caso di non riconoscimento. Se non venga contestazione alcuna la prole passa per legittima.

I.—Non è più questione qui di non riconoscimento, ma sì d'impugnare la legittimità.

Distinguesi in fatti, nella materia nella quale versiamo, l'azione per non riconoscimento e l'azione per impugnare la legittimità dall'azione per impugnare lo stato. Il non riconoscimento è l'azione mediante la quale si sostiene che una prole concepita od almeno nata durante il matrimonio non è stata generata dal marito di sua madre; è insomma il diniego giudiziario della paternità del marito senza più. Impugnare la legittimità è l'azione mediante la quale si sostiene che la prole per una ragione qualunque non è legittima. Finalmente impugnare lo stato è l'azione mediante la quale si sostiene che lo stato del quale un figliuolo si trova in possesso, o che sia di figliuolo legittimo o che sia di figliuolo naturale, non gli appartiene. Reciprocamente, l'azione mediante la quale il figliuolo vuol farsi attribuire

uno stato del quale non si trovi in possesso o che sostiene di appartenergli, addimandasi *revindicazione di stato*. Così dunque il non riconoscimento è sempre un impugnare la legittimità; ma la reciprocità non ha luogo, ben potendosi impugnare la legittimità di un figliuolo senza dire ch'esso non sia stato generato dal marito di sua madre, e solo sostenendo, per esempio, che non abbia avuto luogo il matrimonio fra i suoi genitori. Il perchè impugnare la legittimità è il genere, il non riconoscimento è la specie.

Questo rapporto di genere e di specie non esiste fra l'azione colla quale s'impugna la legittimità e quella della quale s'impugna lo stato. Imperciocchè se in quest'ultima non sempre si fa questione di legittimità, potendosi ben anco impugnare il mio stato di figliuolo naturale del tale e della tale, l'azione d'impugnare la legittimità non è tampoco sempre una questione di stato, perchè colui che si fa a pretendere di togliermi una successione sostenendo di esser egli il legittimo figliuolo di Tizio, mio zio, e contro al quale io istituisco un'azione per impugnare la pretesa legittimità sua, può bene non essere in possesso dello stato ch'io gli contrasto. Una di queste due azioni dunque entra qualche volta, ma non sempre, nell'altra. Queste diverse azioni e quelle che si riferiscono ai matrimoni, ai divorzi o separazione personale, alle morti, vanno comprese nella denominazione generica di *azioni di stato* ovvero *questioni di stato*.

II.—Nel nostro articolo non trattasi più di non riconoscimento, poichè la prole della quale parlasi ed alla quale s'impugna la qualità di legittima, essendo nata dopo trecento giorni trascorsi dopo il matrimonio, non v'ha per essa nè nascita e nè concepimento durante il matrimonio. Non esistendo più allora la presunzione di paternità nel marito, non può farsi questione di abbattere la regola *Pater is est*, e questo è l'oggetto unico del non riconoscimento.

Sembra conseguire da ciò, e noi così avevamo asserito nelle prime nostre edizioni, che ogni contestazione che sorgesse qui contro la legittimità della prole menasse necessariamente alla dichiarazione d'illegittimità. Sarebbe una contraddizione che il buon senso ripugna ad ammettere, che la legge la quale proclama impossibile una gestazione di più di trecento giorni, permettesse poi alla prole di far giudicare dai tribunali come possibile questa medesima gestazione. E pure questa dottrina non è senza difficoltà, non solamente a cagione delle autorità che l'opinione contraria può invocare, ma eziandio a cagione di alcune parole registrate ne' lavori preparatori. Maleville (*sull'art.*), Loaré (*ibid.*),

Merlin (*Rep. v. Legittimità*), Delaporte (*sull'art.*), Favard (*Rep. v. Paternità*) ed un arresto della corte di Limoges a camere riunite (1), decidono che la prole può uscir trionfante in questa contesa. S'invocano sul proposito queste parole profferite dal signor Bigot al Corpo legislativo: « La presunzione (d'illegittimità) che risulta (dal nascimen-
to tardivo) non sarà decisiva contro la pro-
le, se non in quanto essa non sarà indeboli-
ta dalle circostanze; » e s'invocano altresì queste altre più precise parole del relatore al Tribunale: « L'articolo vuole che la legittimi-
tà possa esser contraddetta, ma vuole altresì
che essa possa trionfare di tutti gli attac-
chi che non fossero fondati. »

Questi due brani avevano a bella prima grandemente scossa la nostra opinione, ma un più maturo esame ci fa rimaner saldi nella prima nostra sentenza. Difatti le parole del signor Bigot e quelle del signor Lahary, parole incomprensibili, bisogna dirlo, a fronte del sistema adottato dal codice, furono da quest'ultimo oratore spiegate in modo che attesta il poco valore che si dovette dar loro, e che indica come nella stessa loro mente, una gestazione di più di trecento giorni riman sempre legalmente impossibile. Il signor Lahary di fatti; per far comprendere quanto gli attacchi rivolti contro la prole potessero non esser fondati, suppone il caso « in cui cote-
sta prole pruovasse che suo padre dopo di
aver divorziato si fosse ravvicinato a sua
madre posteriormente allo scioglimento del
matrimonio » (Fenet, X, 178). Così dall'un de' lati trattasi qui di un'idea intera-
mente falsa; perocchè se la prole si riconosce essa medesima concepita da due per-
sone divorziate, ch'è quanto dire non mar-
ritate, è forzosamente illegittima; dall'altro
questo esempio punto non addenta il princi-
pio della impossibilità di una gestazione di
più di trecento giorni... Principio che d'altra
parte è molto energicamente dallo stesso si-
gnor Lahary proclamato, il quale, dopo di a-
verne dimostrato tutta la giustezza, aggiunge:
« Se nondimeno possono citarsi fatti contrari
e leggi che sembrano legittimare un nasci-
mento più tardivo, cotesti fatti e coteste
leggi vogliansi senza alcun dubbio riferire
al modo onde computavansi i mesi, ovvero
al desiderio di celare il delitto di una don-
na possente » (*ibid.* p. 179). Poichè dun-
que si riconosce l'assoluta impossibilità di
una gestazione più lunga di trecento giorni,
la prole, nata dopo tal periodo di tempo dopo
lo scioglimento del matrimonio, dovrà neces-

sariamente esser proclamata illegittima dal
momento che una persona interessata si fac-
cia a chiedere tale dichiarazione. E però l'ora-
tore il quale fu ultimo ad esporre lo spirito
della legge innanzi al corpo legislativo, il si-
gnor Duveyrier, dopo aver chiesto a sè mede-
simo perchè la prole di che trattasi non è di
pieno diritto riconosciuta illegittima, perchè
erasi tolto via dal progetto un articolo che ne
proclamava la illegittimità, sì che facesse me-
stieri a tal proclamazione di una dichiara-
zione del giudice, risponde: « Perchè ogni inte-
resse particolare non può altrimenti esser
impugnato che da un altro interesse oppo-
sto. La legge non è chiamata a riformare
ciò che essa ignora; onde se lo stato della
prole non è impugnato, rimane sotto l'om-
bra del silenzio cui niuno ha interesse di
rompere » (p. 220) (2).

316 [238]. — Ne' diversi casi in cui il
marito è autorizzato a reclamare, dovrà farlo
nel corso di un mese, se si trova nel luogo
ove nasce la prole;

Nel corso di due mesi dopo il suo ritor-
no se in quell'epoca egli era assente.

Nel corso di due mesi dopo scoperta la
frode se eragli stato celato il nascimento
della prole.

317 [239]. — Se il marito venisse a mo-
rire prima di aver prodotto il suo reclamo,
ma non fosse ancora trascorso il tempo utile
a produrlo, gli eredi avranno due mesi di
tempo per impugnare la legittimità della
prole a contare dall'epoca in cui quest'ulti-
ma si fosse messa in possesso de' beni del
defunto, ovvero dall'epoca in cui gli eredi
fossero da essa turbati nel preso possesso dei
beni.

SOMMARIO

- I. L'azione per non riconoscimento appartiene al marito, e, dopo lui,
ai suoi successori universali.
- II. Periodo in cui debbono intentarsi.

I. — La legge indica in questi due articoli
a chi si appartiene l'azione per non ricono-
scimento, ed in qual periodo di tempo deb-
b'essere intentata.

L'azione appartiene primamente al solo
marito; fin ch'ei tace niuno può agire. Che
se prima di trascorrere il tempo, il cui ter-
mine porta seco la sua rinunzia tacita, ei ve-
nisse a morire (purchè non abbia, com'è ben
inteso, formalmente riconosciuta la prole),
l'azione passa agli eredi di lui. Ed altresì pas-

(1) Limoges, 18 giugno 1840; Devill. 40, 2, 500.

(2) Toullier e Duvergier (II-428); Delvincourt,

Proudhon e Valette (II-p. 46); Duranton (III-56-89); Dalloz (v. Filiaz.); Zachariae (III-p. 633); Richefort (p. 82); Mémolombe (V-86).

sa a costoro evidentemente se il marito morisse anche posteriormente al trascorrimento del termine, ma avendo già intentata in tempo utile l'azione che al momento della sua morte si trovasse non ancor risolta. L'azione non appartiene agli eredi solo quando o vi sia stata rinuncia espressa o tacita da parte del marito, ovvero la costui azione fosse stata rigettata da' tribunali.

L'azione passa solo agli eredi. I parenti, anche i più prossimi del marito che rinunziato avessero alla successione sua, esercitar non potrebbero cotale azione. Gli è questo in fatti pe' successori del marito un diritto puramente pecuniario; la ragione lo dice o la legge lo pruova sufficientemente col non far decorrere contro di loro il termine fatale, se non a partire dal momento in cui la prole vuol mettersi in possesso de' beni. Reciprocamente ed appunto perchè gli è questo un diritto puramente pecuniario, l'azione appartiene a tutti coloro che pecuniariamente parlando sono eredi, ch'è quanto dire a tutti i successori universali, e non già solamente agli eredi legittimi propriamente detti. Così dunque tutti i legatari universali o a titolo universale ed eziandio lo Stato (art. 768 (841)), essendo chiamati al diritto ereditario, del quale l'azione per non riconoscimento fa parte, potranno, checchè ne dica Toullier (II-825), esercitare cotesta azione: Bensì nol potrebbero i legatari particolari, ad onta dell'opinione contraria di Delvincourt, perchè essi non son chiamati al diritto ereditario, non potendo competere a questi ultimi la qualificazione di eredi, la quale, *lato sensu*, compete ai primi (1). Un'altra conseguenza di questa idea, che cioè l'azione per non riconoscimento è tutta pecuniaria nella persona degli eredi, si è che una volta ch'essa compete loro, può esercitarsi da tutti i loro rappresentanti o segnatamente dai loro creditori ai termini dell'art. 1166 [1119], mentre al contrario quando tale azione risiede nel marito, è esclusivamente personale a lui (Veggasi l'art. 330 [252] n. II.)

Il non riconoscimento intentato dagli eredi del marito può fondarsi, com'è chiaro, sopra tutte le cause per le quali il marito avrebbe potuto esercitarlo egli stesso. Così non bisognerebbe dire con Proudhon ch'eglino non potrebbero intentarlo per una impossibilità semplicemente morale di coabitazione, sendo che in questo caso è mestieri di provare l'adulterio della donna, adulterio che non può esser prodotto in giudizio se non dal marito (Cod. pen., art. 336 [326]). Ciò sarebbe un confondere le idee le più distinte. Gli eredi

non potrebbero intentare la loro azione *contro la moglie* e farla come adultera condannare alla pena inflitta dalla legge, ma ben possono incidentalmente provare tale adulterio per far ammettere il non riconoscimento diretto *contro la prole*, unico loro avversario. Reciprocamente, nel caso in cui la prole nasca senza vita o solo nell'impossibilità di vivere, il marito che non può intentare l'azione per non riconoscimento, ben può essere ammesso a denunziare l'adulterio di sua moglie e chiedere la separazione personale. La dottrina di Proudhon è dunque inammissibile come il riconosce il suo annotatore Valette (2).

II. Vediamo ora in qual tempo l'azione debb'essere intentata, sia dal marito, sia da' suoi eredi.

Il testo de' nostri articoli non esige intorno a ciò nessun chiarimento. Per tesi generale il termine concesso al marito è di un mese a computare dal dì dello sgravio; ma se il nascimento della prole gli fosse stato celato, o se trovavasi assente quando avvenne, allora il termine è raddoppiato e, come di ragione, non decorre se non dal ritorno del marito ovvero dal giorno in cui ha scoperto il parto di sua moglie. Ben inteso però, che ove voglia usare di tal più lungo termine, spetta a lui di provare o la sua assenza ovvero l'occultazione del nascimento.

È chiaro che nel secondo comma dell'art. 316 [238] la voce *assente* non ha il significato tecnico che le si dà nel titolo IV che precede: il primo comma lo prova abbastanza parlando, per opposizione, del marito che *non si trova sul luogo*. Trattasi qui solo della non presenza del marito. Però non basterebbe, com'è ben inteso, che il marito si fosse trovato fuori di casa nel momento in cui sua moglie partorisce, bisogna ch'ci non istesse nel paese. Del rimanente la quistione di sapere se il marito trovavasi o no abbastanza lontano per giovare della dilazione de' due mesi, è un punto ch'è riservato alla prudenza de' magistrati di deciderlo secondo le circostanze.

In quanto agli eredi essi hanno sempre una dilazione uniforme di due mesi, dilazione che decorre non dal giorno del nascimento della prole o della morte del marito, ma bensì dal momento in cui la prole, direttamente o per mezzo di un rappresentante qualsiasi venisse ad esercitar atti di padronanza sui beni della successione, ed a porre così in disputa il diritto ereditario che serve di fondamento all'azione degli eredi. La necessità in cui sovente si troveranno gli eredi di prendere in-

(1) Duranton (III, 80-83); Proudhon e Valette (II, p. 65-67); Zachariae (III, p. 644); Duvergier (sopra Toullier); Demolombe (V-130).

(2) Toullier (II-841); Duranton (III-73); Zachariae (III, p. 646); Valette (II, p. 56); Demolombe (V-121).

dagini di que' fatti che il marito personalmente conosceva, spiega abbastanza il perchè è sempre concessa loro una dilazione di due mesi anziché di un solo mese. Come, al postutto, è questo un termine prefisso che non costituisce una prescrizione, così decorrerebbe contro gli eredi e minorenni e maggiorenni.

Del resto in questa dilazione sia di uno ovvero di due mesi non fa mestieri d'intentare l'azione in giudizio, di citare la prole innanzi a' tribunali, ma basta intimarle un atto stragiudiziale col quale le si dichiara di non riconoscere la paternità del marito di sua madre. Ciò ci dirà l'articolo seguente, il quale concede, a partire da quest'atto, una nuova dilazione di un mese per intentare l'azione.

N. B. — Quantunque l'art. 317 [239] adopri per rispetto agli eredi le espressioni *contrastare la legittimità*, puro è evidente esser ciò per essi come il sarebbe pel marito un vero non riconoscimento. Non v'ha inoltre nulla a desumere in contrario da siffatte espressioni, perciocchè, come abbiamo detto, il non riconoscimento è una delle specie di contrastare la legittimità. Il perchè l'articolo seguente viene a parlare di *non riconoscimento* fatto dal marito o da' suoi eredi.

318 [240]. — Ogni atto stragiudiziale contenente il non riconoscimento da parte del marito o de' suoi eredi, si avrà come non avvenuto se non è seguito, nel termine di un mese, da un'azione in giudizio intentata contro un tutore *ad hoc* dato alla prole, ed in presenza di sua madre.

I. — La legge statuendo qui come sempre *de eo quod plerumque fit*, suppone che l'azione sia intentata contro la prole ancor minorenne e vivente la madre. Egli è allora contro un tutore *ad hoc* dato al fanciullo che l'azione deve dirigersi; e siccome la legge non ha detto che tal tutore per eccezione ai principj ordinarij, debba esser nominato da' tribunali, così ne conseguiva ch'ei debba esserlo da un consiglio di famiglia conformemente agli art. 405 [326] e seguenti. Solamente, poichè la paternità del marito e quindi la paternità paterna del fanciullo sono quelle che precisamente trovansi in questione; e poichè d'altra parte coloro i quali sarebbero i parenti dal lato paterno, se vi fosse legittimità, sono per appunto i suoi avversari in giudizio, così non vi sarà luogo di attenersi alla norma dell'art. 407 [328], il quale prescrive che il consiglio di famiglia nei casi ordinarij si componga di parenti più prossimi de' due lati: i membri adunque del consiglio saranno nel caso in parola o parenti materni o amici.

Che se l'azione è intentata contro un figlio maggiorenni, sia dagli eredi del marito di sua madre, sia dallo stesso marito, o dopo una sua lunga assenza, o dopo un nascello per lungo tempo ignorato da lui, è chiaro che l'azione di non riconoscimento sarà intentata contro il figlio in persona. Che se però la madre visse ancora, ella debb'essere messa in causa. Non v'ha ragione di modificare per questa circostanza la regola finale del nostro articolo. Benchè non sia precisamente una delle parti litiganti, pure ella, la madre, ha un immenso interesse morale nella contestazione, per lo quale il suo onore è messo in questione, e questo interesse perdura ad essere il medesimo o che il figlio sia minore o che sia maggiore.

CAPITOLO II.

DELLE PROUVE DELLA FILIAZIONE DE' FIGLIUOLI LEGITTIMI.

I. — Il titolo di questo capitolo esige alcuni chiarimenti, come altresì l'indicazione e il richiamo di alcune idee delle quali importa di essere ben penetrati.

Non trattasi in questo capitolo delle prove della *legittimità* di un figlio, ma bensì delle prove della sua *filiazione*, ossia del punto unico di sapere qual è il padre e quale la madre sua. Or la prova del padre o della madre non costituisce pel figlio, che si dice legittimo, una prova della sua legittimità; la non ne è che una parte, poichè anche espletata, gli rimane peranco a provare: 1.° il loro matrimonio, 2.° che questo matrimonio sussisteva al tempo in cui egli fu concepito o almeno quando nacque. Noi abbiamo visto spiegando gli art. 194 a 200: 1.° i quattro mezzi, mercè i quali il figlio possa stabilire a suo pro la celebrazione del matrimonio dei suoi genitori (salvo agli avversari il provare la non esistenza legale o l'invalidità della unione celebrata); e 2.° sotto lo art. 312 [234] nel nostro medesimo titolo, da quale presunzione la legge trae, dal fatto dello sgravio della donna maritata o vedova, la conseguenza del concepimento nel matrimonio; sendo facile fissare direttamente l'epoca della nascita mentre esso dura. Ebbene, è unicamente del terzo oggetto non spiegato finora, ossia del modo di conoscere il padre e la madre, che il nostro capitolo dice quali sono i mezzi di prova ammessi dalla legge.

Laonde, la prova della legittimità si compone della riunione di queste tre prove, 1.° della filiazione, cioè del padre e della madre; 2.° del loro matrimonio; 3.° del concepimento o della nascita nell'epoca della sua durata. Or solo della prima qui si tratta.

II. — Abbiamo detto che qui si tratta della prima di queste tre prove. Conciossiachè il capitolo non si occupa dell'intera filiazione, ma solo della filiazione considerata come uno degli elementi della prova di legittimità, della filiazione del figlio che vuole provare di esser legittimo, prova che si espleta altrimenti da quella della filiazione del figlio naturale. Perlocchè il nostro capitolo è intitolato *della prova della filiazione de' figliuoli legittimi*. Del resto è evidente che il fanciullo non può esser chiamato legittimo quando la sua filiazione è ancora in questione; quindi è che sarebbe un circolo vizioso il volere interpretare questo titolo secondo la lettera, il quale per essere completamente logico, e per esprimere il pensiero della legge, bisognava dire: *Delle prove della filiazione de' figli che si pretendono legittimi*.

Non dimentichiamo quindi che la nostra rubrica vuol significare: Dei mezzi dati ai figli che si dicono legittimi per dimostrare i loro genitori.

III. — Colui che pretende di aver dritto alla legittimità ha mestieri di tre mezzi, l'uno sussidiario all'altro, per provare la sua filiazione: 1.° dell'atto a tale uopo redatto, 2.° del possesso di stato che reclama; 3.° della prova testimoniale.

Ognuna di queste tre prove, sendo sola, può esser combattuta da prove contrarie. Altrimenti è, quando le due prime si trovano unite: il figlio che arrote all'atto, indicante la sua filiazione legittima, un possesso continuo del suo stato di figlio legittimo, non è soggetto a prova alcuna in contrario.

310 [241]. — La filiazione della prole legittima si prova con gli atti di nascita iscritti su registri dello stato civile.

SOMMARIO.

- I. L'atto di nascita è il primo mezzo per provare la filiazione legittima, e ne forma il titolo.
- II. Un tale titolo viene costituito dalla sola indicazione della madre; può essere che quella del padre sia falsa o menziona totalmente. Forza probante del solo atto in rapporto a ciascuna delle sue indicazioni.
- III. Forza probante dell'atto ove sia accompagnato dal possesso di stato di figlio legittimo.

I. — Qui la legge c'indica il primo e principale mezzo di provare la filiazione legittima, che è l'atto a tale oggetto formato, ossia l'atto di nascita. Quest'atto adunque, qualora si tratta di figli legittimi o pretesi tali, è al tempo stesso atto di nascita, ed atto di filiazione. Imperocchè l'atto, in tal caso, ha per oggetto di provare: 1.° la nascita ossia il sesso della prole, l'epoca ed il luogo della nascita, e 2.° la filiazione, ossia quali ne siano i genitori: per questo quindi abbiamo

precedentemente detto che, quando l'atto di nascita non indica la filiazione, il fanciullo non può ricorrere ad un atto di riconoscimento, ma ad una dimanda di rettifica dell'atto incompleto (Vcd. art. 62 [66], n. III).

Bisogna, dice quest'articolo, un atto di nascita iscritto su i registri dello stato civile. Infatti l'atto redatto in altra guisa, come per esempio sopra un foglio volante, non costituisce, come s'è visto, un atto di nascita. Il fanciullo il cui atto di nascita non fosse iscritto sul registro, non potrebbe giovare se non dei due mezzi sussidiari indicati dagli articoli seguenti.

II. — Ma, sol perchè l'atto sia iscritto sul registro, esso fa prova da sè della filiazione legittima che indica; la sua prova però non è invincibile, essa sussiste finchè da un'altra maggiore non è distrutta. Questa prova maggiore bisogna che sia fatta giusta le regole più o meno severe a seconda dell'oggetto per cui è fatta. Se si trattasse, riconoscute vera l'indicazione della madre, di distruggere quella del padre; siccome quest'ultima non è nell'atto di nascita che la ripetizione e la trascrizione della regola già di pieno dritto esistente, che il figlio, concepito e nato da donna legata in matrimonio, ha per padre il marito di lei, ne segue che una tale indicazione non potrebbe esser dimostrata falsa dal fanciullo concepito durante il matrimonio, se non per mezzo d'un rifiuto ammesso conformemente agli art. 312, 313 [231-235], giustificando l'impossibilità fisica della coabitazione, o l'impossibilità morale accompagnata dalla prova dell'adulterio e dell'occultazione della nascita; se il fanciullo fosse non già concepito, ma soltanto nato durante il matrimonio, ognuno sa che il rifiuto potrebbe risultare da una semplice negazione, salvo il caso in cui non fosse più ammessa: il tutto conformemente all'art. 314 [236]. Da qui si scorge che l'indicazione del padre nell'atto è veramente insignificante, e che la sua mancanza non produce alcuna conseguenza, poichè questa indicazione risulta, di pieno dritto, dalla presunzione legale, pel solo fatto che la madre è una donna maritata. Per esempio, il fanciullo che s'abbia un atto di nascita il quale lo dichiara figlio di *Maria Duvernet* (moglie di *Giulio Lefebvre*) e di *padre ignoto*, si trova nella stessa posizione che se l'atto lo dicesse nato di *Maria Duvernet* e *Giulio Lefebvre suo marito*. Sarebbe lo stesso ove l'atto lo dicesse nato da *Maria Duvernet*, donna non maritata: o moglie di *Luigi Thillard*: in qualsivoglia ipotesi, quando l'atto dice che il fanciullo è figlio di *Maria Duvernet*, e sia provato d'altra parte che al tempo del concepimento o almeno della nascita di questo fanciullo, *Maria Duvernet* era moglie di *Giulio*

lio Lefebvre, tutto il resto è insignificante, e la presunzione legale *pater is est* riprendendo forza da questi due elementi, ne segue, finchè non sia ammesso il rifiuto, che il fanciullo è figlio legittimo dei due coniugi.

L'atto di nascita, soltanto quando il fanciullo sia stato iscritto sotto falsi nomi di *madre o padre*, o come nato da *genitori ignoti*, cessa di aver forza per lui, e deve in questo caso ricorrere al possesso di stato, o in mancanza, alla prova testimoniale. Questo dice l'art. 323 [245]. Quest'ultima regola può piuttosto applicarsi alla madre, e l'art. 323 [245] malamente parla del padre e della madre; poichè l'indicazione del padre è all'intutto oziosa, essendo per la regola *pater is est* solo quella della madre che costituisce il titolo al figlio concepito o nato durante il matrimonio, e quindi costui si trova veramente senza atto di filiazione, allorchè si trova iscritto sotto falsi nomi relativamente alla madre o come nato da madre sconosciuta, ancorchè vi sia indicato il padre.

Anche esistendo l'indicazione della madre, la quale costituisce l'essenza dell'atto di filiazione che s'impugna, l'atto per rapporto a lei ha non più nè meno della forza ordinaria di tutti gli atti dello stato civile; vale a dire che fa prova, fino all'attacco in falso, dei fatti attestati dall'uffiziale dello stato civile, cioè che un fanciullo di tale sesso a tale epoca gli fu presentato come nato da tale donna, e che abbia ricevuto tali nomi e cognomi; ed al contrario, fino alla prova ordinaria, fa prova dei fatti attestati dai dichiaranti, cioè che il fanciullo sia nato da tale donna (Ved. art. 45 [47] n.° IV). Così, quando un atto di nascita attesta che un fanciullo maschio a tale epoca sia stato presentato all'uffiziale dello stato civile come nato da Maria Duvernet, e che abbia ricevuto il nome di Vittorio, non si può provare che non ebbe luogo la presentazione e le dichiarazioni, se non mercè l'iscrizione in falso; ma si può benissimo provare in qualsivoglia modo che Maria Duvernet non ebbe figlio al tempo di cui si tratta, o che partorì una fanciulla, e che con una dichiarazione menzognera presentò il fanciullo maschio come suo figlio. Finchè una tale prova contraria non sia fatta, rimarrà fermo che Maria Duvernet veramente partorì un fanciullo maschio all'epoca menzionata nell'atto.

Ma del rimanente ognuno comprende come non è sufficiente che l'atto di nascita dica di essere un fanciullo maschio per nome Vittorio, a tale epoca nato da Maria Duvernet, perchè il primo che venga, e che si trovi senza stato nella società, pretenda con successo che egli sia quel Vittorio Duvernet e che quell'atto sia il suo. Perchè un fanciul-

lo possa appropriarsi l'atto, e dedurne le conseguenze a suo pro, bisogna che sia provato che egli sia quello che la donna partorì; ora incombe a lui provare l'identità, beninteso però quando non abbia il possesso di stato di figlio di Maria Duvernet. In questo caso soltanto ciò dev'egli provare, ed a' suoi avversari spetta dimostrare che questo possesso sia mal fondato.

III. In tutta la spiegazione di quest'articolo abbiamo supposto con la stessa legge che si trattasse dell'atto solo, o tutto al più dell'atto accompagnato dal possesso di stato di figlio della madre, non già dell'atto accompagnato dal possesso completo di figlio legittimo. In quest'ultimo caso in fatti, come ce lo dimostrerà l'art. 322 [241], non può essere ammessa la prova in contrario.

Un'ultima osservazione importante a farsi si è che, quando un fanciullo scritto su i registri dello stato civile come nato da una donna ch'era maritata al tempo del concepimento o della di lui nascita, ha veduto infrangere, mercè un rifiuto ammesso, la paternità legittima la quale risultava per lui dalla regola *pater is est*, l'atto di nascita non cessa per un tale fanciullo di provare la maternità della donna cui è attribuito; è figlio adulterino ove fosse stato concepito durante il matrimonio, e se è semplicemente nato, è figlio naturale. Non bisogna in effetti credere che un fanciullo, cadendo nel rango di non legittimo, si trovasse privo dei mezzi di prova per lui ammessi, nella speranza della legittimità, e che non potesse provare la sua filiazione se non mercè un atto di riconoscimento, come i figli naturali. Imperocchè, come abbiamo detto, non è solo per i figli legittimi che le prove del nostro capitolo sieno stabilite, ma lo sono anche per coloro i quali fino alla prova in contrario possono credersi legittimi, ossia per quelli che sono concepiti e nati durante il matrimonio. Infatti la procedura del rifiuto, lungi dal far svanire o solamente attenuare la prova della maternità, la rende al contrario più chiara e la corrobora, poichè sarebbe mestieri d'un'azione, difficile ad ammettersi, per distruggere la presunzione della paternità che la prova della maternità per la sua energia produce. Così il Cap. III del nostro titolo non s'occupava che dei figli nati fuori del matrimonio, come lo provano gli art. 331 e 337 [253 e 266] e tutto l'insieme del capitolo. Le prove del nostro Capitolo II s'applicano adunque a tutti i casi in cui vi sia matrimonio, ancorchè questo matrimonio venga ad esser annullato.

320 [242]. — In mancanza di questo titolo è sufficiente il possesso continuo nello stato di figlio legittimo.

321 [243]. — Il possesso di stato si comprova mediante una sufficiente riunione di fatti i quali indichino le relazioni di filiazione, di paternità tra l'individuo e la famiglia alla quale pretende appartenere.

I principali tra questi fatti sono :

Che l'individuo ha sempre portato il cognome del padre cui pretende appartenere.
Che il padre l'ha trattato come suo figlio, ed in questa qualità ha provveduto all'educazione, al mantenimento ed allo stabilimento di lui;

Che è stato riconosciuto costantemente come tale nella società;

Che è stato riconosciuto in questa qualità dalla famiglia.

SOMMARIO

1. Secondo mezzo di prova. Quando questa prova del possesso di stato sia possibile. Essi deve dirigersi non pure al padre, ma anche alla madre.
2. Spetta al figlio provare il suo possesso, che i suoi avventuri possono combattere. Contro il possesso, quando il possesso è riconosciuto o provato, insorgono le congetture.

1. — Allorchè il figlio che si dice nato da tal matrimonio, non ha titolo a presentare, può provare la sua filiazione mercè un possesso continuo di stato di figlio legittimo dei due coniugi; sendo sufficiente provare di essere *considerato* figlio di questi coniugi, invece di provare di *essere* di loro figlio.

Poco monta come il fanciullo si trovi privo del titolo. Così, ove l'atto di nascita non fu redatto, o si sia perduto, distrutto, reso inservibile, o abbia forse avuto esistenza, ed egli nulla ne sappia ove fu ricevuto; in queste diverse ipotesi v'ha per il fanciullo mancanza di titolo, ed è il caso di poter egli invocare la prova sussidiaria accordata dal nostro articolo. Sarebbe altrimenti se invece di non aver titolo, ne avesse uno che gli attribuisse una filiazione contraria a quella che risulta dal possesso di stato o che almeno fosse in alcuna guisa in opposizione con questa pretesa filiazione. Così quando il fanciullo che passa per figlio legittimo di Pietro e di Maria abbia un atto di nascita che lo dichiara figlio di *Teresa*, o solamente nato da *genitori incerti*, questa mancanza d'accordo tra lo stato posseduto dal fanciullo e l'atto, che è provato appartenergli, neutralizza l'effetto del possesso di stato; se adunque questo fanciullo pretende che Teresa sia un falso nome, o che i genitori che l'atto dice ignoti, siano Pietro e Maria, bisogna stabilirlo, non mica coll'appoggio del suo possesso, ma direttamente con la prova testimoniale che l'art. 323 [245] gli concede in tale caso, e che costituisce il terzo ed ultimo mezzo ammesso

dalla legge per provare la filiazione legittima.

Del resto, non è il possesso di stato di figlio della madre che qui si possa presentare come prova della filiazione, ma è unicamente quello dello stato di figlio legittimo, cioè che il possesso deve risultare dall'insieme dei fatti relativi alla madre ed al padre. Questo è tanto vero, che l'art. 321 [243] non cita espressamente se non il padre; ma ciò non è detto che superfluo e non per escludere la maternità, la quale al contrario si trova virtualmente nell'articolo compresa. In fatti l'aver portato il nome del marito, l'esser stato riconosciuto e trattato come suo figlio non solo da lui, ma eziandio dalla famiglia e dalla società; sono l'appannaggio del figlio che nasce dal matrimonio; sono questi dei fatti che non possono mica realizzarsi in un figlio che il marito abbia avuto da donna estranea e non da sua moglie. Del rimanente l'art. 320 [242] ci dice positivamente che è necessario il possesso di stato di figlio legittimo. Il possesso di stato non ha adunque la medesima forza del titolo. Quando il figlio presenta un titolo, è sufficiente che questo provi la maternità della donna maritata; la legge poi da tale prova ne inferisce quella della paternità, e la qualità di *figlio legittimo*. Quando al contrario il figlio la trae dal suo possesso di stato, la legge non stabilisce a di lui vantaggio alcuna presunzione, bisogna che in questo caso la paternità e la maternità risultino dal possesso di stato. Inesattamente quindi si dice con Bonnier (*Prove* n° 128) che qui gli effetti del possesso di stato sono divisibili, e che un possesso relativo soltanto alla madre assicurerebbe la legittimità del figlio in rapporto a lei. Questo è evidentemente falso; sendo lo stato di figlio legittimo quello d'un fanciullo nato da due persone legate in matrimonio, non potendosi *provar figlio legittimo* d'una donna, qualora non si dimostri *esser figlio* del di lei marito (1).

II. — Abbiamo nell'art. 197 [190] osservato in che consiste il possesso di stato. Esso risulta da tutti i fatti indistintamente tali da far passare notoriamente l'individuo per figlio legittimo dei due coniugi, fatti, che i commentatori riassumono con le parole *nomen, tractatus, fama*, e dei quali la legge, come essa stessa il dice, non indica che i principali. Il figlio potrebbe adunque addurne degli altri diversi da quelli indicati dall'articolo 321 [243], come potrebbe eziandio riuscirvi senza la riunione di tutti quelli qui indicati, essendo mestieri di sapere se v'ha o

(1) *Conf. Zachariae* (III, p. 656-657), *Richerfort* (I-92), *Demotombe* (V-211).

pur no possesso sufficiente il quale è abbandonato interamente al potere discrezionale del magistrato.

Egli è evidente che il figlio possa con ogni mezzo possibile ed anche con la prova testimoniale peculiaramente provare, in caso di contestazione, i fatti che debbono stabilire il suo possesso di stato. Del resto, i suoi contraddittori possono sempre, anche per testimoni, fare la loro controprova, come il possono quando egli ricorre al suo titolo soltanto; poichè solo quando il figlio ha titolo e possesso conforme, è vietata dall'art. 322 [344] la prova contraria. Non solamente gli avversari del figlio possono contraddire i fatti del possesso che egli vuole stabilire, e provati una volta questi fatti, stabilirne degli altri che neutralizzassero l'effetto dei primi ed impedissero la dichiarazione del preteso possesso; ma ancora, quando il possesso sia stato riconosciuto, o che dietro la contestazione fosse pienamente stabilito, possono combattere le conseguenze della paternità e maternità, le quali risultano da un tal possesso, provando che non sia nato alcun figlio dal matrimonio delle due persone, o che quelli che nacquero fossero morti. Adunque, quando il possesso non è riconosciuto, deve il figlio provarne l'esistenza; ma al contrario, quando è contraddetto, i suoi avversari debbono provare essere stato usurpato.

322 [244]. — Nessuno può reclamare uno stato contrario a quello che gli attribuiscono l'atto della sua nascita ed il possesso conforme a questo titolo.

E parimenti nessuno potrà muovere controversia sopra lo stato di colui il quale ha un possesso conforme al titolo della sua nascita.

I. — Quando un fanciullo è indicato nel suo atto di nascita come nato da *Tizio e da Sempronia sua moglie*, o soltanto come nato da *Sempronia* che è peraltro riconosciuta per moglie di *Tizio*, ed inoltre goda del possesso di stato di figlio legittimo di due coniugi, questo stato è inattaccabile, ed invincibilmente stabilito, e nessuna prova contraria è ammissibile. Così, quando i contraddittori del figlio, o quando egli stesso, offrissero di provare luminosissimamente mercoè un insieme di fatti incontrastabili, che *Tizio e Sempronia* non ebbero mai figli, e che *colui* che per tale è riputato fosse figlio d'altra donna, al quale fu dato un tale possesso erroneamente, essendo stato iscritto come nato dalla loro unione; queste loro proposte non potrebbero essere ascoltate, ed il fan-

ciullo sarebbe irrevocabilmente dalla legge ritenuto per figlio di *Tizio e Sempronia*. E per vero, quest'era necessario per la pace delle famiglie; e non potevasi, per una possibile frode fra centomila casi, rendere lo stato dei cittadini bersaglio agli attacchi sempre permessi.

Non mettiamo in obbligo, del resto, che in questo articolo, come in tutti quelli di questo capitolo, non si tratta delle prove della legittimità, ma sibbene di quelle della filiazione; sicchè gli avversari del figlio, riconoscendolo per figlio di *Tizio e Sempronia*, potrebbero benissimo chiedere d'essere ammessi a provare che tra questi non vi fu mai matrimonio, o che questo non ebbe mai legale esistenza, perchè uno d'essi era colpito dalla morte civile, o finalmente che questo matrimonio sia nullo e in mala fede fu contrattato da ambedue i coniugi. Ma quanto alla filiazione, il ripetiamo, il suo stato è inattaccabile, e non vi è luogo, come dicono alcuni giureconsulti, a parlare d'azione di rifiuto. Una tale azione in fatti si prescrive sempre al più tardi col volgere di due mesi di silenzio per parte del marito dal dì che gli fu nota la nascita; or, v'ha a favore del figlio possesso di stato, cioè una serie di fatti per i quali il marito gli ha data ed assicurata la qualità di figlio legittimo.

323 [345]. — Mancando il titolo ed il possesso continuo, o quando il figlio fosse stato iscritto sotto falsi nomi, o come nato da genitori incerti, la prova della filiazione può farsi per mezzo di testimoni.

Ciò non ostante questa prova non può essere ammessa se non quando esiste un principio di prova per iscritto, o quando le presunzioni e gl'indizi risultanti da fatti fino a quel tempo costanti, siano abbastanza gravi da farne determinare l'ammissione.

324 [246]. — Il principio di prova per iscritto risulta da documenti di famiglia, dai registri e carte domestiche del padre o della madre, dagli atti pubblici e privati provenienti da una delle parti interessate nella contestazione, o che vi avrebbe interesse se fosse in vita.

SOMMARIO

- I. Terzo ed ultimo mezzo: prova testimoniale. — È concessa al figlio in quattro casi.
- II. Condizioni preliminari per essere ammessa.
- III. Sua inutilità nei fatti che si volevano provare fossero provati per iscritto.

I. — Questi due articoli indicano il terzo ed ultimo mezzo concesso ad un figlio per provare la sua filiazione legittima; quest'è

la prova testimoniale, della quale parliamo sotto l'art. 321 [243]: sebbene non è la filiazione che il figlio deve provare, ma semplicemente il possesso, gli basta dimostrare di esser stato riconosciuto comunemente per figlio dei due congiunti, per conchiudersene, fino alla prova contraria, che realmente sia tale. Qui poi egli deve provare la filiazione direttamente, dimostrando, che la donna maritata, di cui si asserisce figlio, si sia sgravata all'epoca che egli pretende, e che egli ne sia il figlio partorito. Questa prova adunque è più rigorosa sotto un tal rapporto, e non può essere ammessa se non dopo verificata la condizione preliminare, che non è mica richiesta nel caso previsto dall'art. 321 [243]; sicchè, in mancanza degli altri due mezzi di prova, e quando il figlio non abbia titolo, nè possesso di stato, la legge gli concede la prova qui indicata.

Ma questo figlio è da considerarsi come non avente titolo, qualora il suo atto di nascita non ne indica la filiazione e lo dichiara come nato da genitori incerti; questo dice positivamente il nostro art. 323 [245], e sarebbe lo stesso ove la madre soltanto fosse dichiarata ignota. In questo caso non rimane altro al figlio se non la prova testimoniale. Del resto una tal prova, la quale, in questa duplice ipotesi è indispensabile per dimostrare uno stato qualunque, gli è concessa ancora per reclamare uno stato diverso da quello che gli viene attribuito dal solo titolo, o dal solo possesso di stato, o da un titolo in opposizione col possesso. Così, quando un figlio si presenta con l'atto di nascita come nato da' congiunti Giacomo e Francesca, e pretenda d'essere figlio di Pietro e Maria, gli è permesso (ed il nostro articolo 323 [245] altresì lo dice) di provare per testimoni che sia stato iscritto sotto falsi nomi, e che in verità gli appartenga la filiazione che reclama. Ma per ciò è mestieri che la filiazione indicata nell'atto di nascita non sia accompagnata da un possesso conforme; poichè, come s'è visto, per l'articolo 322 [244], la conformità del titolo col possesso chiude l'adito alla prova contraria, sia da parte del figlio, sia contro lui. Ma, poichè la riunione del titolo e del possesso conforme esclude la prova contraria, essa è adunque ammissibile pel figlio, quando abbia un possesso senza titolo, o un possesso ed un titolo contrari fra loro.

Adunque la prova testimoniale, autorizzata dai nostri articoli per stabilire la filiazione, è permessa in quattro casi: 1.° Quando non abbia il figlio alcun titolo, nè possesso, o quando soltanto, che è lo stesso, un titolo il quale non indica la filiazione; 2.° Quando abbia il titolo completo, ma senza possesso; 3.° Quando abbia un possesso senza titolo o con

un titolo che non indica la filiazione; 4.° Quando siano contraddittori il titolo ed il possesso.

II. — Ma in tutti questi casi la prova testimoniale non è permessa al figlio che sotto una preliminare condizione, cioè che i due fatti dello sgravio e dell'identità, che vuole provare, sian verisimili, sia per mezzo d'un principio di prova per iscritto, sia per indizi sufficientemente gravi, risultanti da circostanze fin'allora certe. Ai tribunali è rimesso di valutare se gl'indizi sian gravi da determinare l'ammissione della prova testimoniale. Il principio di prova scritta, che ove non esista può esser rimpiazzato da gravi indizi, può risultare: 1.° dai titoli dello stato civile concernente la famiglia a cui il figlio pretendo appartenere, e ne quali si trovassero dell'enunciazioni che dessero verisimiglianza alle sue pretese; 2.° dai registri e carte di famiglia delle persone che questi dice essere suoi genitori; finalmente 3.° da tutti gli atti pubblici, o privati di qualsiasi persona che in questo giudizio ha o potrebbe avere, se fosse in vita, un interesse contrario a quello del fanciullo (Ved. art. 1347 [1301] n. 2.°).

Si potrebbero ritenere come principio di prova per iscritto le semplici lettere missive? Noi fummo nelle precedenti edizioni per la negativa, sembrandoci richiesta dal testo del nostro articolo. Ma ora crediamo che ciò sia un errore, e che la nostra opinione a tal riguardo sia combattuta con ragione dal Demolombe. Si possono comprendere sotto il nome generico d'atti le lettere missive, sebbene non sieno tali per la comune maniera di parlare. La prova si rinviene chiaramente nell'art. 1347 [1301] che definisce il principio di prova per iscritto *ogni atto*, benchè sia ed è stato sempre ritenuto che nel caso previsto da quest'articolo le lettere sono ammissibili (Pothier, *Obbligazioni* n.° 803). Essendo così, bisogna adunque ammettere in questo caso, come in altri, per principio di prova qualsiasi scrittura che possa rendere il fatto verisimile (1).

N.B. — Nel sistema d'alcuni giureconsulti, la regola fissata dal nostro articolo soffrirebbe eccezione nel caso previsto al tit. degli atti dello Stato Civile... Ognuno ricorda che secondo l'art. 46 [48], quando le tracce materiali fanno presumere la non-tenuta o l'interruzione della tenuta dei registri all'epoca alla quale si riporta una nascita, un matrimonio o una pretesa morte, o anche la distruzione posteriormente avvenuta dei registri o d'una loro parte, il pretendente dev'es-

(1) Demolombe (V-246); Caen, 5 luglio 1813 (Rac. di Caen, t. VII, p. 438).

sere ammesso a provare per testimoni la nascita, il matrimonio, la morte; or nel sistema di questi giureconsulti, allorché il figlio si trovasse in questo caso eccezionale, non avrebbe bisogno, per essere ammesso a provare la sua filiazione, d'un principio di prova per iscritto o d'indizi che rendessero la sua filiazione verisimile; sarebbegli sufficiente provare la non-tenuta o la distruzione dei registri. . . Questo è un errore causato dalla confusione fatta tra la nascita e la filiazione, e che è stato confutato al n. IV dell'articolo 46 [48] a cui rimettiamo.

III. — Del resto, egli è chiaro che non sarebbe necessario provare per testimoni ciò che si trova sufficientemente giustificato da un atto; quando la legge ammette la prova testimoniale, *a fortiori* deve ammettere ogni prova per iscrittura. Se quindi risulta, per esempio, dalle carte domestiche dei pretesi genitori, che la madre certamente ha partorito un figlio al tempo ove rimonta la nascita del fanciullo, quest'ultimo non avrebbe che provare l'identità col figlio che quella partorì.

325 [247]. — La prova contraria potrà farsi con tutti i mezzi propri a stabilire che il reclamante non sia figlio della madre che pretende di avere, oppure che non è figlio del marito della madre, quando fosse provata la maternità.

I. — Noi abbiamo diffusamente indicato, spiegando i due articoli precedenti, che il figlio, il quale vuole provare la sua filiazione legittima per testimoni, non ha bisogno di stabilire e la maternità e la paternità, ma solo la maternità: quello che dev'esser provato è un doppio fatto, cioè che la donna maritata la quale dice esser sua madre, abbia partorito e che egli ne sia il figlio da essa nato. L'art. 325 [247] ci prova questa proposizione; poichè provata la maternità, spetta ai contraddittori provare che non sia figlio al marito. In questo caso dunque, come nel caso in cui la maternità è provata dall'atto di nascita, la legge stessa ne deduce essere il marito il padre, conseguenza la quale sta fino alla prova contraria.

Ma se questi due casi sono simili sotto questo rapporto, non lo sono però in tutto. Nel caso che la maternità sia dimostrata per testimoni, la legge stabilisce a pro del figlio la stessa presunzione che nel caso della maternità provata per titolo; ma questa presunzione non ha la stessa forza. Nell'ipotesi del ti-

tolo, la presunzione non può cadere se non per la prova dell'impossibilità fisica della coabitazione o per la prova del triplice fatto, impossibilità morale, adulterio ed occultazione della nascita; qui all'inverso si può impugnare per tutti i mezzi propri a stabilire che il reclamante non sia il figlio del marito. La legge con ragione non pone la stessa fede, nè dona gli stessi effetti così energici alla maternità che si stabilisce appena stracchiamente in un dibattimento giudiziario, ed a quella che risulta regolarmente dal titolo di nascita. In questa ipotesi dunque non si tratta più dell'azione rigorosa del non riconoscimento propriamente detto, la quale non ha luogo contro la presunzione risultante da una maternità dimostrata per titolo, e basta sempre, nel caso del nostro articolo, di giustificare una semplice impossibilità morale di coabitazione. Qui una sola cosa si domanda: la convinzione del giudice non essere il marito il padre del fanciullo. La dottrina contraria di Maleville (art. 325 [247] e di Dalloz (v. *Filiat.*, cap. 2, § 3, n.° 4) è erronea, e viene dallo stesso testo dell'articolo confutata (1).

Facciamo infine osservare che la doppia prova, che possono fare gli avversari del figlio per tutti i mezzi possibili, non è soggetta ad alcuna preliminare condizione. Così, mentre il figlio non può provare la maternità senza un principio di prova scritta, o d'indizi gravi che dessero verisimiglianza alla sua pretesione, i suoi avversari possono usarlo direttamente la prova testimoniale, sia per abbattere la prova della maternità, sia per contrastare la presunzione di paternità che ne deriva.

326 [248]. — I tribunali civili saranno i soli competenti a pronunziare su i reclami di stato.

327 [249]. — L'azione criminale contro al delitto di soppressione di stato non potrà intraprendersi, se non dopo la sentenza definitiva sulla questione di stato.

I. — Spesso avviene che per un delitto la prole si trova privata delle prove naturali della sua filiazione, come per delitto di frequente si trova distrutto il titolo della celebrazione d'un matrimonio. Pur tuttavia, la legge, la quale abbiamo visto nell'art. 194 a 200 permettere agl'interessati a provare la celebrazione del matrimonio, d'intervenire nel giudizio criminale per attignerne prova, qui si mostra più severa, e dichiara che i soli giudici civili possono pronunziare sullo

(1) Merlin (*Rep. v.° Legittimità* s. 4 § 1, 7), Toullier (II-894), Duranton (III-137), Proudhon e Valette (II, p. 75-77), Zachariae (III. p. 660),

Richefort (I-348), Demoleme (V-239); Bordeaux, 43 feb. 4838; Rouen, 26 luglio 4838 (*Dev.*, 28, 2, 404 e 406).

quistioni di filiazione. La legge va più innanzi ancora, e nel timore che la decisione d'una Corte d'assisi o d'un tribunale correzionale non ispirasse influenza sul giudizio civile, vuole che questo giudizio sia definitivamente terminato (cioè inappellabile) *prie di cominciare l'azione penale*. In fatti la legge, vietando la prova testimoniale in materia di filiazione, quando non esiste un principio di prova scritta o quando l'indizio non sono gravi, non potrebbe senza una conseguenza sommettere questa materia alla decisione, od all'influenza delle giurisdizioni criminali, presso le quali la prova testimoniale è ammessa senza alcuna preliminare condizione. Questa maggior severità si spiega per l'importanza delle quistioni di cui qui si tratta (V. art. 199, n. V). Egli è vero, che sotto altri rapporti la legge si trova più indulgente nello stabilire le filiazioni che la celebrazione del matrimonio, poichè 1.° qui accoglie come prova il possesso di stato, mentre in fatto di matrimonio (art. 195) lo rigetta; e 2.° mediante la condizione preliminare che conosciamo, ella ammette assolutamente e per ogni caso la prova testimoniale, mentre per il matrimonio è permessa soltanto nei due casi di delitto o misfatto e della non tenuta o perdita dei registri. Queste differenze nascono dalla natura stessa delle cose. E di più, il possesso di stato non può evidentemente far prove in favore dei pretesi coniugi i quali se lo procurerebbero essi stessi. Quanto alle prove testimoniali, le circostanze nelle quali potrebbe esser quistione d'ammetterla, fuori dei due casi di delitto e non tenuta o perdita dei registri, sono tali, che sarebbe ridicolo l'ascoltare le proposte dei

(1) L'opinione del nostro autore è in opposizione con quella di quasi tutti gli scrittori e della nostra Corte Suprema e di quella di Francia, che concordemente han ritenuto di non potersi perseguire dal ministero pubblico i colpevoli di reati di soppressione o di supposizione di stato, se prima il tribunale civile non abbia deciso sulla quistione pregiudiziale di stato. E non, richiedendolo la gravità della quistione, qui riportare le conclusioni dell'illustre nostro concittadino Cav. Nicotini, che da Avvocato generale dava nella causa di *Candelucci e Stornelli*, e che furono adottate dalla nostra Suprema Corte annullando la decisione emessa dalla Gran Corte Criminale di Napoli. Questa Corte rigettando le eccezioni della difesa, la quale diceva di non potersi nelle quistioni di stato schiudersi il procedimento penale prima che il tribunale civile vi avesse deciso, condannava a sei anni di reclusione una donna, per aver costei fatto iscrivere su' registri dello stato civile una bambina asserendola per sua figlia, e procreata con un uomo che dichiarò per suo marito, nel mentre che nel fatto non era nè sua figlia, nè procreata l'avea con quell'uomo il quale era maritato ad altra donna. Il dotto Avvocato generale così si esprimeva:

roclemani; non si può credere che due coniugi venissero a dire, di non aver pensato a far redigere l'atto della celebrazione o di ignorare se lo fu redatto, o di non ricordare in quale municipalità lo si trovi. Ma quando si tratta del caso in cui i due reclami hanno lo stesso fondamento, cioè misfatto o delitto che pretendono aver soppresso la prova dello stato, allora la legge è più severa per stabilire la filiazione.

Così adunque, quando nel caso della celebrazione del matrimonio, come in ogni altro caso in cui si elevano simultaneamente le due azioni, le civile e la penale, la penale si giudica subito e *tiene in sospenso la civile* (C. d'inst. crim., art. 3 alim. 2 [art. 5 n. 2.° P. P.]) mentre nel caso di filiazione il contrario l'azione civile tiene in sospenso la penale.

II. — Ma bisogna ben capire il senso del nostro articolo. Esso non intende parlare se non del caso in cui le due azioni si elevano contemporaneamente; e sospendesi l'azione penale soltanto quando la civile si trova di già intentata, o si elevi durante l'espletamento del giudizio la penale. Altrimenti, ove non vi fosse intentamento di azione civile, è evidente che un accusato non potrebbe eternamente arrestare l'azione pubblica, e cansare per sempre le pene che merita il suo misfatto o delitto, sul pretesto che un'azione civile potrebbe sempre essere promossa da un momento all'altro. L'art. 327 [249] ci dice che l'azione criminale non può cominciare se non dopo il giudicato civile; ma bisogna per bene applicarlo che vi sia luogo ad aspettare un giudicato civile, cioè che una contestazione civile esista (1).

Del resto non bisogna, stando giudica-

« Signori. — La Gran Corte avendo pronunziata la dichiarazione della duplice reità preveduta dagli art. 238 e 246 delle leggi penali, confondendo la quistione di fatto con quella di dritto, discende a fare il confronto delle due pene sanzionate nell'uno e nell'altro articolo. Trova la pena del primo essere correzionale, trova criminale la pena del secondo, ed applica questa. La donna dunque è condannata unicamente per la *supposizione della fanciulla*.

e dichiarata la falsità de' nomi del padre e della madre, sotto i quali la fanciulla è stata registrata, e dichiarata supposta la fanciulla medesima, si è deciso da' giudici penali un reato che sopprimeva il vero stato di lei per darne un altro, senza che prima si fosse ottenuta da' tribunali civili sentenza definitiva sulla quistione di stato. Ma gli art. 248 e 249 delle leggi civili dicono così: — I TRIBUNALI CIVILI SARANNO I SOLI COMPETENTI PER PRONUNZIARE SU I RICHIAMI DI STATO. — L'AZIONE CRIMINALE CONTRO AL DELITTO DI SOPPRESSIONE DI STATO NON POTRÀ INTRAPRENDERSI NON DOPO LA SENTENZA DEFINITIVA SULLA QUISTIONE DI STATO. — Dunque questi due articoli sono stati manifestamente violati.

mente alla lettera dell'articolo, dire che solamente il cominciamento dell'azione penale

è subordinato al giudicato definitivo sulla questione civile, e che ove sia una volta l'a-

Nè vale il dire che questi due articoli sieno stati collocati in un capitolo, che ha per epigrafe della prova della filiazione della prole legittima, e che nella causa che ci occupa si tratti di una figlia naturale. In primo luogo si osservi, che le epigrafi e le intitolazioni delle leggi, sono fatte unicamente per dare ad esse una disposizione ed un ordine logico, non per determinare il carattere esclusivo di tutti gli articoli, che a quell'epigrafe sono sottoposti. Quando una disposizione è generale, ella abbraccia indistintamente tutti i casi, che nella sua formola son compresi, tanto cioè quelli, che si riferiscono alla sua epigrafe, quanto gli altri che non ne sono esclusi. E senza uscire da questo capitolo delle leggi civili, gli art. 214, 215, 216, 217, 251 e 252, non comprendono forse evidentemente i figli tanto legittimi che naturali? E quando si ammette la prova per dimostrare che un figlio non è legittimo, non si ammette ella forse per dimostrare che egli è naturale, incestuoso, o adulterino? E nel caso attuale, in cui dall'atto di nascita apparisce la fanciulla nata di nozze legittime, cosa mai si è fatto col giudizio criminale, fuorchè toglierle questo stato con la prova contraria indicata dall'art. 217, articolo il quale è registrato appunto sotto l'epigrafe delle prove della filiazione della prole legittima? Tal prova fu rivolta unicamente a chiarire, che la fanciulla non è figlia della madre, nè del padre, che le dà l'atto di nascita. — Tutti gli esempi, che per l'applicazione di questi articoli 218 e 249 il. cc. ci forniscono gli arresti della Corte Suprema nostra e di Francia sono pei figli naturali. (Supplim. alla collezione delle leggi n. 447 e 448).

« Anzi parmi un errore quello asserito da alcuni, che entrambi questi articoli 218 e 249 il. cc. sieno una novità introdotta contro il disposto delle leggi antiche. Che la questione di stato sia stata sempre pregiudiziale alle controversie, si civili, che criminali che ne dipendono, e che debbono essere trattate prima al civile, ce l'ha detto l'imperatore Alessandro per uno cui si muoveva in un giudizio criminale questione di stato, se fosse libero o servo: *juxta jus ordinarium Praesidem pete, qui cognita prius liberali causa, ex eventu iudicii, quid de crimine statuere debeat, non dubitavit*, leg. 4. Cod., de ordine cognitionum. *Jus ordinarium* dunque rendea pregiudiziale alla questione criminale di falsità, la questione civile di stato. Nè sono stati mai lievi i privilegi delle questioni di stato. Così qualunque controversia, la quale dipendesse dalla questione di legittimità di filiazione dovevasi sospendersi in forza dell'editto carboniano lusingo alla pubertà del fanciullo, l. 4. de Carboniano edicto. De statu hominis è la prima, e la più importante questione in ogni ben regolata società. Grande è l'interesse pubblico che i reati sieno tutti puniti, e puniti prontamente, e con la pena, e con le forme della legge. Ma di quanti reati che per la loro atrocità gettano lo spavento in una provincia, non ne rimangono occultati gli autori? Per quanti non possono essere raggiunti i rei che dopo anni e lustri? Di ogni uomo all'incontro deve essere certo lo stato. Quindi niun privilegio

di prova hanno oggi i reati, se si eccettuano i reati forestali e de' dazi indiretti. Grandi, e più estesi, ed alcuni, che non ammissiono veruna prova in contrario, sono i privilegi di prova per lo stato de' cittadini. La legge vi supplisce con precauzioni legali all'incertezza, che accompagna di ordinario i fasti dell'uomo.

« Or tra questi privilegi non è ultima l'eccezione alla regola di dritto, che per qualunque reato l'azione penale del pubblico ministero non può essere ritardata, nè sospesa dall'azione civile delle parti interessate presso i giudici civili. Questa regola cessa per la supposizione di stato, ove la questione dell'ingenerare si adit vel ne supposito, debba essere prima risolta da' tribunali civili. Siffatta dipendenza di una causa penale da una causa civile, che le sia pregiudiziale, si cercò in Francia restringere a qualche confine dal procuratore generale Merlin, sul motivo principalmente che è cosa di pessimo esempio rendere impunito un misfatto gravissimo, quale, per esempio, sarebbe la falsità de' registri dello stato civile, sol perchè le parti non hanno interesse a promuovere questione di stato al civile. E fu singolare il caso avvenuto in un uomo investito di grande autorità per carica giudiziaria di altissimo ordine il quale fu sì acciecat dall'affetto paterno, che osò dare stato di suoi figli legittimi a due fanciulli nati da condannato legame, falsificando i loro atti di nascita, e l'atto stesso del suo matrimonio. « Consentì, diceva il procuratore generale » le, io consento che quando la questione di stato » è intentata al civile, spetti al ministero pubbli- » co l'esito del civile giudizio, per intentare la » sua azione penale di falso. Ma voi non dovete » legar le mani al pubblico accusatore, voi non » potete lasciare impunito uno scandaloso misfat- » to, quando non può esservi chi reclami al civi- » le, quando non può verificarsi mai, che un tri- » bunale civile sia nella circostanza di decidere » la pregiudiziale questione di stato. Chi volete » che nella causa di questo magistrato reclami al » civile? Non egli, perchè è il reo del fatto. Non » la sua moglie, perchè egli non ha avuto mai » moglie, e con un atto falso di matrimonio dà a » se stesso per moglie una moglie che non ha mai » esistito ». Con tutto ciò la Corte Suprema rigettò le sue conclusioni.

« La quale giurisprudenza cominciò prima con arresti, per cause le quali presentarono circostanze meno forti. Vi era in uno il richiamo delle parti interessate, le quali avevano già istituito il giudizio civile, e poi per rimuovere l'eccezione, che ad esse presentava l'atto di nascita, ricorsero al giudizio criminale. E la Corte Suprema *consultis classibus* statui per regola generale, che in ogni causa di falsità degli atti di nascita, e di supposizione di pario, dovesse sempre terminarsi il giudizio civile prima di cominciare il penale, e che ogni procedimento penale fatto in pendenza di esso, benchè semplicemente istruttorio, compreso l'arresto dell'imputato, dovesse dichiararsi nullo (arresto dei 20 aprile e 10 messidor anno XII, Sirrey, tom. 42, pag. 366; Merlin, *quest. de droit* all'art. *quest. d'état*, § 1). Poi si trattò la

zion penale iniziata, possa esser continuata malgrado l'azione civile. È evidente che si parla di giudizio criminale; imperocchè non è il principarsi dell'azione, ma l'insieme delle discussioni e pecuniariamente le decisioni che possono influire sul giudizio civile.

338 [230]. — L'azione per reclamare lo stato è imprescrittibile riguardo al figlio.

339 [231]. — La detta azione non può esser intentata dagli eredi del figlio, il

quistione se quando non vi era quistione di stato intentata al civile potesse il pubblico ministero perseguitar d'ufficio il reato di soppressione, o di supposizione. Merlin fu d'avviso per l'affermativa, e la Corte Suprema *consultis classibus* decise per la negativa (*altro arresto del giorno medesimo, in Merlin quest. de droit all'articolo medesimo § 2*). In ultimo si trattò la causa poc'anzi accennata della impossibilità di esservi un reclamo al civile. In questo Merlin fece tutti gli sforzi, perchè alcuno ci aprisse il procedimento: le ragioni del falso erano palpabili e flagranti; ma la Corte Suprema espose la domanda (*arresto del 20 marzo 1813; Sirey, t. 43, pag. 239*). « Giò che » la legge non distingue, ella disse, non è dato ai » magistrato distinguere. Che se è fuori del dritto » to comune, e s'egli può elzando parere peri- » coloso, che l'azione penale sia sospesa, ed anche » eventualmente annientata relativamente al mi- » sfatti, i quali interessano sì essenzialmente l'or- » dine sociale, il riposo delle famiglie ha potuto » presentare ai legislatori delle considerazioni di » un interesse più grande » (*Toullier, lib. I, tit. 7, cap. 2, n. 904*).

« Per tal modo due quistioni vengono risolte. La prima è, che la quistione di stato debba sempre precedere come quistione pregiudiziale ogni altra che ne dipende, *et ex eventus iudicii civilis de crimine statuere*, quistione nella quale è d'accordo il dritto antico ed il nuovo. La seconda è del giudice, che deve pronunziare sulla quistione pregiudiziale del giudizio civile di stato. I nostri antichi davano ad alcuni magistrati la giurisdizione per misura civile e criminale, e per altri dividevano l'una dall'altra. Intanto stabilirono: *nilhil prohibet quo magis apud eam quoque, qui alioquin super causa status cognoscere non possit, disceptatio terminetur*. l. 3, Cod. *de iudiciis*. Presso di noi nell'attuale ordinamento delle giurisdizioni con che la giurisdizione civile ha talvolta un magistrato di eccezione ai tribunali di commercio, non mai però la giurisdizione criminale è esercitata dai magistrati civili, e perciò le quistioni di stato sono esclusivamente deputate ai tribunali civili ordinari.

« Se dunque si trattasse di esposizione, abbandono, o ritrovamento di un fanciullo, reati preveduti dagli art. 403 e 404 delle leggi penali, in essi non si guarda la quistione di stato; il solo fatto dell'esposizione è dell'abbandono costituiscono il reato. Quindi ben può agirsi criminalmente senza bisogno di rivolgersi prima ai tribunali civili. Ma la occultazione, la soppressione, la supposizione di un fanciullo, e la sostituzione di un fanciullo ad un altro, ai termini dell'arti-

quale non abbia reclamato, se non nel caso in cui fosse in età minore, o nei cinque anni dopo la sua maggioranza.

339 [232]. — Gli eredi possono proseguire quest'azione quando sia stata promossa dal figlio, purchè non abbia desistito formalmente, o non abbia lasciato oltrepassare tre anni computabili dall'ultimo atto della lite senza proseguirla.

« Il che non solo è stabilito per la pace delle famiglie, ma, come poc'anzi dicemmo, per oggetto così primario di ordine pubblico, che la stessa necessità della punizione de' reati dee cederli. E non è forse importantissima alla pubblica morale la punizione de' reati, che attaccano l'onore delle donzelle, e la inviolabilità del talamo coniugale? E pure la legge non apre l'adito all'azione del pubblico ministero, se non quando ne' primi vi è l'istanza privata per la punizione del reo e ne' secondi la querela del marito. E nei reati relativi alla proprietà non si toglie intera l'azione penale contro i padri, i figli, i fratelli ed i congiunti? E ne' reati in ufficio non si diffidasse l'esercizio dell'azione penale fino a tanto che non se ne faccia, e compia il giudizio di scioglimento di garanzia? Ed in tutti i reati correzionali e di polizia l'azione del pubblico ministero non è forse sospesa per lo più e perentia a volontà delle parti? Nella società civile la legge è obbligata spesso a *liberare in equa lance*, opposti interessi; e non è raro, che un reato debba rimanere impunito per salvare un dritto, o una considerazione di maggiore interesse.

« Nè la causa presente ci offre il caso d'impossibilità di cominciare la causa al civile. A costoso Storneili è libero il dritto di adire il tribunale civile ai termini dell'art. 218. Se è vero ch'egli abbia un'altra moglie, che non è la Candicini, e che costei non ha partorito giammai, la prova della supposizione, per far rettificare l'atto dello stato civile, è per lui assai facile. Nè fino a tanto che ottenga il suo giudicato può mai prescrivere l'azione penale, per la nota massima, *contra non valentem agere non currit praescriptio*.

« Egli dunque ha aperta la sua via. Perchè non la percorre per volgersi ad altra, che fino a questo punto gli tien chiusa la legge?

« Io domando per le tre sopra spiegate nullità l'annullamento delle due impugnate decisioni una con tutti gli atti della decisione del 20 dicembre 1836 in poi ».

La Corte Suprema adottando le considerazioni del pubblico ministero annulla ecc. (*Nota del Tr.*)

SOMMARIO

- I. La astuta intenzione dell'azione di reclamo di stato lo rende imprescrittibile.
- II. L'azione pendente ai termini in questo ai beni cambia natura e diventa pecuniaria. Conseguenze.
- III. È diventata quando è il proprio stato che reclama il decadimento del figlio. L'azione resta allora una vera reclamazione di stato imprescrittibile. Disporre con gli eredi; stessa teoria del Toullier.
- IV. Perché l'azione pecuniaria passi agli eredi, bisogna che non vi sia rinunzia formale o silenzio di cinque anni della maggioranza.
- V. Dopo cinque anni gli eredi soltanto possono contestare l'istituzione presunta, promossa dal figlio. Errore di Zachariae.
- VI. Continuazione — Altro errore di Zachariae e di Dalfus.

I. — Lo stato delle persone, la qualità di figlio legittimo, o bastardo, e di figlio del tale e della tale, ecc. non è cosa dipendente dalla volontà di queste persone, e non può per conseguenza divenire l'oggetto di transazioni o di qualunque convenzione. Essendo così, questo stato è inattaccabile dalla prescrizione, la quale si fonda sulla rinunzia presunta di colui, cui il dritto appartiene. Lo stato quindi non può perdersi, nè acquistarsi per alcuna convenzione o prescrizione. Chi è che non tocca con mano la verità di siffatta proposizione, non potere, cioè, la prescrizione rendere bastardo un figlio legittimo, nè far divenire legittimo un figlio bastardo, nè dare a Tizio il figlio di Sempronio?... L'azione adunque di contestazione di stato è imprescrittibile e perpetua contro il figlio, alla guisa stessa e per la ragione stessa per cui a suo pro l'azione di reclamo di stato è imprescrittibile e perpetua. Così col proclamare l'art. 328 [250] quest'ultima verità, non rigetta la prima, ma solo nega la perpetuità agli eredi del figlio, come lo provano i due articoli seguenti.

Ma se lo stato del figlio non può esser l'obiettivo di alcuna convenzione, nè di prescrizione, non è lo stesso, de' titoli pecuniari i quali esister possono per lui come conseguenza di tale stato. Laonde quando il figlio, il quale dapprima dicevasi figlio legittimo di Tizio e che si era a questo titolo messo in possesso della di costui successione, presta acquiescenza alla petizione d'eredità intentata dal cugino di Tizio, che pretende esser questo figlio straniero al defunto, cotale acquiescenza, nulla in quanto concerne lo stato del figlio, è perfettamente valida in ciò che riguarda i beni ereditari. Altrettanto sarebbe pel silenzio che egli serbasse per trenta anni di maggioranza, a far tempo dall'apertura della successione: vi sarebbe di vero prescrizione affatto insignificante circa lo stato del figlio, ma pienamente efficace in quanto al dritto ereditario, basterebbe anzi, secondo i casi, un possesso di venti o di dieci anni per coloro che avessero questo o quello tra' beni della successione, non già a titolo di successore universale, ma di acquirente particolare (art. 2262, 2263 [2168, 2171]).

Marcadé T. F.

II. — Per gli eredi del figlio, per quelli che non possono intentar l'azione se non a titolo di eredi, la cosa è altrimenti. Un'eredità di fatti è il complesso de' dritti pecuniari lasciati da un defunto; e l'eredità, sotto il solo riguardo pecuniario, è il rappresentante di costui, eredita i suoi dritti e trovasi onerato delle di lui obbligazioni.

L'azione quindi di reclamazione di stato non passa agli eredi se non come azione pecuniaria. Ma, s'egli è così, la si estinguerà dunque per essi in forza sia della prescrizione, sia d'una rinunzia espressa o tacita, sia d'una transazione, di un'acquiescenza o di altra qualsiasi convenzione. Abbastanza indicia tutte queste idee l'art. 338 [261], col dichiarare, non esser l'azione imprescrittibile se non rispetto al figlio.

E poichè l'azione passa all'eredità unicamente come azione di denaro, come dritto pecuniario, ne segue eziandio che la rinunzia espressa o tacita del figlio, la quale contro di lui sarebbe insignificante, impedirebbe che quest'azione esistesse per l'eredità. Consacra la legge energicamente questa verità, dichiarando nell'art. 329 [251] che il silenzio serbato dal figlio, per cinque soli anni di maggioranza, fa nascere una presunzione di rinunzia, la quale toglie l'azione a' suoi successori.

Ma con qual termine si prescriverà l'azione contro gli eredi?... La legge non avendo indicato alcuna prescrizione speciale per questo caso, ne segue che si può solo qui applicare la regola generale dell'art. 2262 [2168], la quale dichiara non potere alcuna azione prescrivibile durare più di trent'anni. Dopo scorsi trent'anni adunque dall'apertura della successione del figlio, senza interdizione nè minorità dell'eredità (art. 2252 [2158]), l'azione di reclamazione dello stato del figlio sarà prescritta per quest'eredità.

Ciò che abbiamo testè detto nel n.° II concerne tutti gli eredi, ma esclusivamente. Ed in prima qui trattasi di tutti gli eredi, di tutti coloro chiamati a qualunque titolo che siano al dritto ereditario, alla totalità o ad una quota-parte della massa di beni che si dice eredità; e ciò per la ragione che l'azione fa parte di questa massa di beni. Sicchè il dritto passa a tutti i successori universali; ed i successori particolari soltanto ne sono esclusi. L'azione appartiene dunque, secondo i casi, agli eredi legittimi, a' figli naturali, al coniuge superstite, allo Stato, ai legatari universali a titolo universale; e non è negata se non a' legatari particolari, o a quelli tra i successori universali che rinunziassero alla successione (v. art. 317 n.° I. [239]).

III. — Ma non si tratta peraltro che degli eredi, di quelli soltanto i quali intentar non

possono l'azione se non a titolo di eredi di colui di cui reclamano lo stato; ad essi soli s'applicano le regole consacrate ne' due articoli 329 e 330 [251 e 252]. Quelli per contrario, che alla qualità di erede accoppiassero quella di figlio o discendente diretto del figlio defunto, non sarebbero mica a queste stesse regole sottoposti. E per vero, se io pretendo che mio padre, il quale fino alla sua morte è passato per figlio naturale di Maria-Giulia Leuret, sia stato costantemente ingannato sul suo stato, e che io abbia la pruova come egli era figlio legittimo del barone di Saint-Germain, che erroneamente si dice morto senza prole, egli è ben chiaro, che l'azione la quale io allora intendo non è più un'azione pecuniaria, io non reclamo solamente lo stato di mio padre, ma il mio proprio stato altresì, quando pretendo che, in cambio di chiamarmi Giacomo Leuret, io mi chiami e sia Giacomo di Saint-Germain, nipote ed erede del barone di tal nome. Ma se io reclamo allora il mio proprio stato, se io agisco in mio nome proprio e non già come erede, come semplice individuo pecuniariamente interessato; se la mia famiglia, il mio titolo, il mio nome io domando, e non solamente del danaro, e forse non chiedo punto danaro (perchè il barone di Saint-Germain è morto povero o dalla sua morte son già decorsi trent'anni); se così sta la cosa, non mi si può dunque applicare l'art. 329 [251] e dichiarar inammissibile la mia domanda, sul riflesso che mio padre fosse morto dopo cinque anni di maggiore età, senza dir nulla. Non mi trovo io più nel caso dell'art. 329, ma sì dell'art. 328 [250], poichè io domando il mio stato, e quindi la mia azione è imprescrittibile. E poichè allora io non più agisco come erede, perciò poco monta eh' io abbia rinunciato alla successione di mio padre; imperciocchè rinunziandovi non ho io già rinunciato alla mia famiglia ed al mio nome.

Questa dottrina, che a noi sembra la sola vera, la sola fondata in morale ed in logica, non è tuttavia ammessa generalmente; il Toullier (II-910), il Duranton (III-151), il Zachariae (III, pag. 664), ed altresì il Demolombe (V-305), insegnano che quando il figlio non reclama il suo stato se non come conseguenza di quello del padre, questo stato, in eccezione a' principi, divien prescrittibile, e la sua azione, trattata per questo caso come un'azione pecuniaria, si estingue con la rinunzia di esso figlio, e con quella che avesse fatta il padre oggi defunto, col silenzio che costui ha serbato durante cinque anni di maggiore età, per tutte le cause, insomma, che risultano dalla teoria dell'articolo 329 [251]. — Giusta questa dottrina, la quale rigetta nell'art. 329, e fra le azioni sem-

plimente pecuniarie, l'azione onde il figlio reclama il suo proprio stato invocando lo stato di suo padre come base del suo, converrebbe dire che questo figlio non possa agire se non quando divien veramente erede del padre, cioè nel solo caso che ne accetta la successione. Sicchè sol perchè il figlio avesse ripudiata la successione del padre, non potrebbe mai reclamare il nome suo, la sua famiglia, il suo stato; non mai potrebbe arrivare, nè per rappresentazione, nè in nome proprio, alle successioni che posteriormente si aprissero nella sua famiglia, comunque l'art. 744 [666] positivamente dichiara, che si può benissimo rappresentar colui alla cui successione si è rinunciato: tutto sarebbe irrevocabilmente per lui perduto!!!

Questo risultato, si comprende, deve imbarazzare i fautori del sistema che noi rigettiamo. Ed in vero, vedete come barcolla il Toullier, quando cerca di assodar le sue idee su questo punto: « Gli eredi diretti, ei dice, hanno un interesse grandissimo a far riconoscere lo stato del loro autore per rappresentarlo nelle successioni, le quali in processo di tempo potranno aprirsi, e per godere di tutti gli altri dritti di famiglia. Si potrebbe dunque dire che i figli possono esercitar l'azione, sebbene abbian rinunciato alla successione del padre loro. Intanto il codice non parla che degli eredi; l'onde sarebbe imprudente per parte de' figli di rinunciare alla successione ... Eppure punto non sembra che la disposizione degli art. 329 e 330 [251 e 252] sia limitativa. . . . » (II-914). E per questa questione: Possono i figli reclamare lo stato del padre loro, rinunziando alla sua successione? il Toullier risponde: « Si potrebbe dir sì; ma il Codice sembra dir no; e tuttavia sembrerebbe dir sì! » E il Duvergier per mala ventura nelle sue note non aggiunge un sol motto a questa dottrina, se dottrina può chiamarsi.

Il Toullier ha il torto di voler mitigare un sistema, il quale o deo per intero adottarsi o per intero rigettarsi. Se si pon l'azione del figlio nell'art. 329, a somiglianza delle azioni pecuniarie; se si dice che agli occhi della legge lo stato e la famiglia non sono più che una questione pecuniaria pel figlio, il quale non può reclamar il suo stato senza reclamare quello di suo padre, è mestieri, per essere conseguente, dire che questo figlio non potrà agire se non si costituisca erede del padre suo.

Ma perchè dunque render la legge sì materialista, sì poco morale, sì poco logica, quando il suo testo punto non l'esige? Non ei dice per avventura la legge nel suo articolo 328 [250] che rispetto al figlio medesimo ed a colui che reclama il suo proprio stato, l'a-

zione è imprescrittibile? E che monta che, a stabilir questo stato, egli abbia uopo di stabilire preliminarmente lo stato di suo padre? non abbiamo noi veduto, per mo' d'esempio, che gli eredi d'un marito, i quali non potrebbero agire come oggetto principale contro l'adulterio della vedova, possono benissimo provare questo adulterio per giungere al disconoscimento del figlio, che di tal prova sarà conseguenza? Perchè dunque non potrei io domandare *principaliter* e come oggetto diretto il mio proprio stato, salvo a provar lo stato di mio padre, di cui esso è conseguenza? ... Si obietta che « a lasciar così un'azione imprescrittibile a tutti i discendenti diretti sarebbe un'eternare l'inquietezza delle famiglie e la incertezza delle proprietà; che, per quanto sia favorevole l'azione di reclamazione di stato, il legislatore ha dovuto limitarne la durata nella persona de' figli di colui il cui stato si è soppresso, attesochè gli esempi di figli così privati del loro stato sono men numerosi degli esempi d'individui che cercano turbare ingiustamente le famiglie, ed assai più ci ha gente cecitata dalla cupidigia, che non genitori snaturati. » (V. Toullier, II-610). Ma qui si dimentica, come nella famosa quistione delle alienazioni fatte dall'erede apparente (art. 137, n.° IV, t. I), che la legge ha sufficientemente vegliato a tal oggetto, con stabilire la prescrizione di tutti i dritti pecuniari. Si dimentica che, se la prescrizione non può togliermi il mio stato, mi toglie benissimo i dritti pecuniari da questo stato risultanti; per guisa che, se posso esercitare l'azione in ogni epoca in quanto riflette lo stato, non potrò più esercitarla, in ciò che concerne i beni, dopo trenta o anche dopo venti o dieci anni secondo i casi. S'egli è così, se la prescrizione si compie giusta le regole ordinarie per tutto ciò che è quistione di danaro, non è dunque punto da temere che la cupidigia perpetui l'inquietezza nelle famiglie.

Bisogna dunque, secondo noi, distinguere due casi di reclamazione di stato: 1.° Se si tratta della reclamazione di stato rigorosamente detta, dell'azione onde l'attore reclama il suo stato personale, allora, o egli lo fondi o no sulla prova da fare dello stato di suo padre, l'azione è imprescrittibile, è il caso dell'art. 328 [250]; 2.° se l'attore reclama uno stato che non è il suo, ma agisce soltanto come successore universale di colui di cui reclama lo stato, non è questa che un'azione pecuniaria prescrivibile con trent'anni, è il caso degli art. 329 e 330 [250 e 251].

IV. — Laonde è uopo di ben intendere questi due articoli, e non confondere, come taluni autori han fatto, i due casi che essi prevedono. L'art. 329 ci dice in qual caso i suc-

cessori universali ai beni possono *intentare* essi stessi l'azione; l'art. 330 poi ci dice in qual caso potranno *continuare* l'azione intentata dal figlio.

Gli eredi, val dire tutti i successori universali che hanno accettato la successione, non possono intente l'azione se non quando il figlio è trapassato minore o fra i cinque anni che han seguita la sua maggiore età, val dire prima dell'età de' ventisei anni compiuti. Quando il figlio muore dopo quest'epoca, la legge trae dal silenzio che egli ha serbato durante i cinque anni di maggiore età, la presunzione d'una rinunzia, la quale annulla per gli eredi un'azione che dal canto loro è soltanto pecuniaria. E gli eredi non potrebbero mica sottrarsi all'effetto di questa presunzione, provando o che il figlio è morto nell'ignoranza del suo vero stato o cizandio ch'egli aven nel momento della sua morte l'intenzione ben deliberata di agire prontamente; conciosiacchè ai termini dell'art. 1152 [1416] « Niuna prova si ammette contro la presunzione della legge, allorchè sul fondamento di questa presunzione essa nega l'azione giudiziaria. » La è dunque una di quelle presunzioni che sonosi dette *juris et de jure*, e all'effetto delle quali è impossibile sottrarsi (art. 121, n.° XXI).

E poichè la semplice rinunzia tacita del figlio impedisce che l'azione passi agli eredi, a *fortiori* sarebbe la stessa cosa per una rinunzia formale. Sicchè la transazione, la convenzione qualunque siasi, onde il figlio avesse dichiarato di rinunziare al suo dritto, benchè non impedirebbe che l'azione per sempre sussistesse per lui, le impedirebbe però di giungere agli eredi.

Quando da parte del figlio v'è stata una rinunzia formale ad un dritto, niuna circostanza può far rivivere l'azione per gli eredi; imperocchè ella è ormai annullata come azione pecuniaria; or soltanto come tale potrebbe essa venir da loro esercitata. Ma questo medesimo effetto, questa decadenza irrevocabile non risulta mica egualmente dal silenzio serbato dal figlio durante i cinque anni di maggiore età; quando il figlio ha oltrepassata l'età di ventisei anni senza agire, non è ancora impossibile che gli eredi godano dell'azione dopo la sua morte. In fatti, se più tardi questo figlio intenta egli stesso l'azione, distruggendo un tal fatto la presunzione di rinunzia che la legge avea fermata, la morte del figlio avvenuta pendente l'istanza trasmetterebbe agli eredi il dritto di continuar quest'azione da lui cominciata. Tale è la disposizione formale dell'art. 330 [252].

V. — Ma, beninteso, perchè l'istanza introdotta dal figlio potesse dopo di lui continuarsi da' suoi eredi, fa d'uopo ch'egli non l'abbia affatto rinunziata nè formalmente nè ta-

citamento. La rinunzia formale ad un'azione appellasi *desistenza* (art. 402, 403 [495, 496] C. proc.); la rinunzia tacita consiste in una prescrizione che prende il nome di *perenzione d'istanza*, e che risulta da tre anni d'inazione (art. 397 [490] c. seg. ivi). Laonde se il figlio, dopo intentata l'azione, desiste da essa o lascia perimerla, quest'azione essendo allora come non avvenuta, gli eredi ne resteranno privi: ciò è spiegato nella fine dell'art. 330 [252]. Del rimanente, perchè abbian luogo la desistenza o la perenzione, non basta già che il figlio abbia dichiarato e notificato ch'egli rinunzia all'azione o che abbia lasciato passar tre anni senza agire; è d'uopo altresì che l'avversario nel primo caso abbia notificato la sua accettazione della rinunzia, e nel secondo abbia fatto pronunciare la perenzione (C. proc. art. 402, 403, 399 [495, 496, 492]). Se dunque il figlio muore innanzi l'accettazione dell'avversario, o prima che sia domandata la perenzione, gli eredi potrebbero continuare l'azione, dichiarando che ritirano la rinunzia o notificando un nuovo atto di procedura per impedire la perenzione.

Tutto ciò divenir sì chiaro e sì semplice mercè il paragone del nostro art. 330 co' due titoli della Perenzione e della Rinunzia, che noi non comprendiamo punto come abbia potuto il Zachariae sostenere (III, p. 662, nota 6) che la perenzione si avvera in questo caso di pieno dritto e col solo lasso di tre anni. Se dal non parlare l'articolo che della mancanza di procedure per tre anni, si dovesse concludere che la domanda di perenzione non è qui necessaria, bisognerebbe altresì, dal domandare l'articolo soltanto che il figlio abbia desistito, concludere che l'accettazione della sua rinunzia da parte dell'avversario non sia neppur necessaria; dappoichè le due idee sono correlative. Perchè dunque non osa il Zachariae ritrarre eziandio quest'ultima conclusione?

Chi non vede che i redattori hanno qui fatto ciò che doveano? fermare cioè l'idea capitale di rinunzia e di perenzione, salvo a svolgere nel Codice di procedura le diverse minute regole di applicazione. . . Egli è ciò tanto men dubbio, precisamente per la perenzione, che nel titolo ad essa consacrato nel Codice di procedura, nella sede propria della materia, l'art. 397 [490], il primo del detto titolo, si contenta di generalizzare i termini del nostro articolo, dicendo di tutte le azioni ciò che il nostro dice della sola reclamazione di stato: «Ogni istanza sarà perenta con la interruzione delle procedure pel corso di tre anni»; soltanto nell'art. 399 [492] il redattore dice che la perenzione, invece d'aver luogo di pieno dritto dovrà domandarsi dal convenuto. Ma perchè l'articolo 397 dichiara l'azione *estinta*

con la interruzione della procedura, lo si dirà forse in contraddizione con l'art. 399? . . . No, senza fallo; il secondo di questi articoli aggiunge una regola di applicazione alla regola principale fermata dal primo. Ebbene, questa regola principale appunto è anche indicata nel nostro art. 330 [252]; e l'interpretazione del Zachariae è patentemente inammissibile.

VI. — La rinunzia e la perenzione non costituiscono dal canto dell'attore una rinunzia al dritto ch'egli pretende avere; ma soltanto una rinunzia alla continuazione dell'azione che aveva intentata; di guisa che, eziandio ne' casi ordinarli, pe' dritti puramente pecuniari, l'attore può sempre, dopo pronunziata la perenzione o accettata la rinunzia, intentare una nuova azione; cosa che non potrebbe più fare se avesse rinunziato al suo dritto. Le cose son ripristinate nel medesimo stato come s'egli non avesse mica intentata l'azione, e ciò è tutto (C. proc. art. 401 e 403 [495 e 496]).

Dunque, se il figlio avesse rinunziato alla sua azione o l'avesse lasciata perimere durante i primi cinque anni della sua maggiore età, e poscia morisse entro questo stesso termine, i suoi eredi potrebbero benissimo dopo la sua morte intentare una nuova azione. Pretendere il contrario, come han fatto certi autori, segnatamente il Belvincourt e il Dalloz, sarebbe un violare i principi del Codice di procedura e la stessa teorica de' nostri art. 329 e 330; sarebbe un violare i principi della rinunzia o della perenzione, poichè sarebbe dar loro l'effetto d'una rinunzia al dritto medesimo. Sarebbe ciò un violare i nostri articoli medesimi; dacchè, giusta l'articolo 330, la rinunzia o la perenzione tolgono agli eredi, non già il dritto d'intentare una nuova azione, ma solo il dritto di *continuare* quella intentata dal figlio; e giusta l'articolo 329 gli eredi hanno questo dritto d'intentare l'azione, semprechè il figlio è morto prima de' ventisei anni senza aver agito. Or l'effetto legale della rinunzia e della perenzione si è di far ritenere che l'attore non abbia agito altrimenti.

L'opposta dottrina, risultato di quel sistema d'interpretazione giudaicamente letterale cotanto fertile di errori, cade all'urto del più piccolo esame. Il pensiero palpabile della legge è che l'azione è tolta agli eredi dalla tacita rinunzia del figlio, la quale risulta da un *silenzio continuato per cinque anni di maggiore età*. Or, quando il figlio intenta la sua azione a ventidue anni; quando dopo tre anni d'inazione è domandata una perenzione, ovvero è accettata una formale rinunzia, ed egli muore sei mesi dopo, a venticinque anni e mezzo, senza aver punto intentata una

nuova azione; allora, reputandosi non avvenuta la sua reclamazione, che ne segue mai? che si può concluderne di più rigoroso?... questo, che la volontà di non agire è durata in lui per quattro anni e mezzo. Ma non per quattro anni e mezzo, sibbene per cinque anni deve esser durata cotal volontà a' termini dell'art. 329 [251]. Restano dunque sei mesi ancora, sei mesi nel corso dei quali poteva il figlio mutar avviso, sei mesi per conseguenza durante i quali la sua morte dee far passare l'azione agli eredi. La semplice lettura de' due articoli fa comprendere che il secondo non parla se non del caso in cui il figlio muoia dopo i ventisei anni; le idee del Codice son queste: 1.° il dritto pecuniario che il figlio aveva nel momento della morte passa a' suoi eredi, se egli muore prima dei ventisei anni (art. 329 [251]); ma 2.° se egli muore dopo i ventisei anni, gli eredi restano senza dritto, potendo però soltanto continuare l'azione cominciata, purchè, beninteso, non sia altrimenti estinta (art. 330 [252]) (1).

CAPITOLO III.

DE' FIGLI NATURALI

SEZIONE I

Della legittimazione de' figli naturali.

331 [253]. — I figli nati fuori di matrimonio, eccettuati gl' incestuosi e gli adulterini, potranno essere (2) legittimati mediante il susseguente matrimonio de' loro padri e delle loro madri, quando questi gli avranno legalmente riconosciuti per figli prima del loro matrimonio, o che li riconosceranno nell'atto stesso della celebrazione.

SOMMARIO

- I. Il matrimonio legittima il figlio di pieno dritto, purchè sia già prima legalmente riconosciuto, errore del Duranton.
- II. Ma la legittimazione è impossibile nel figlio adulterino od incestuoso, non ostante qualunque dissenso. Errore del Mallette e del Toullier, riconosciuto dal Dvergier.
- III. Questa prescrizione si applica del pari al caso di tacita legittimazione. Errore del Duranton e del Zachariae.

I. — L'istituzione della legittimazione dei figli naturali è dovuta a' principi cristiani del Basso-Impero. Questa legittimazione nel dritto romano poteva attuarsi in quattro modi: 1.° mercè il matrimonio susseguente dei

genitori; 2.° per l'obblazione del figlio alla curia; 3.° per un rescritto dell'Imperatore, quando il matrimonio era divenuto impossibile per la morte della madre; 4.° infine allorchè era morto il padre stesso, per lo di costui testamento, ma sempre col rescritto imperiale.

Il nostro Codice non ammette come mezzo di legittimazione se non la prima di queste quattro cause, il matrimonio susseguente. Ma, onde abbia luogo la legittimazione, è mestieri che al momento del matrimonio sia il figlio legalmente conosciuto per appartenere alle due persone che si maritano. Bisogna dunque che v'abbia a favor suo rispetto a ciascuno de' due futuri coniugi o un atto autentico di riconoscimento volontario (articolo 334 [257]), ovvero una dichiarazione giudiziaria di paternità o di maternità (art. 340 e 341 [263 e 264]), o infine un riconoscimento fatto nell'istante medesimo del matrimonio o comprovato nell'atto di celebrazione. Sotto questa condizione il matrimonio legittima il figlio, o lo legittima di pieno dritto; ma questa condizione è indispensabile, e il riconoscimento volontario o forzoso, intervenuto soltanto dopo la celebrazione, il quale bastava nella nostra antica giurisprudenza (Pothier, *del Contratto di Matrimonio*, 423), sarebbe oggidì senza effetto in quanto alla legittimazione. Pertanto aver si debbe al momento del matrimonio la legale riconoscenza della filiazione, volontariamente fatta o giudiziariamente ottenuta, rispetto a ciascuno de' due genitori; perlochè quella della madre sola non basterebbe, e quella del solo padre, quand'anche contenesse l'indicazione da lui fatta della madre, neanche sarebbe sufficiente senza il costei assentimento. L'art. 336 [259] positivamente li dichiara, e dee rimuover i dubbi che a tal proposito esprime il Toullier (II-927). E poco monterebbe che il figlio pervenisse di poi, durante il matrimonio o dopo, a provare giudiziariamente la maternità della moglie del padre che anteriormente aveva riconosciuto. Invano direbbersi col Duranton (III-180), che, non attribuendo la sentenza, ma sol riferendo una qualità che il figlio ha avuta realmente fin dalla sua nascita, sarebbe come se il figlio fosse stato fin dalla sua nascita legalmente riconosciuto. Singolar ragione la è questa; chè anche il riconoscimento non fa che riconoscere una qualità preesistente, in guisa che questa dottrina conduce a dire che un riconoscimento posteriore, volontario o forzato, basterà

la frase *ipso jure*, la quale agguinzione elimina alcune questioni cui ha dato luogo la dicitura fraecese, e che vengono in prosieguo dal nostro autore trattate.

(Nota del traduttore.)

(1) Conf. Duranton (III-157), Zachariae (III, p. 603), Demolombe (V-289 a 291).

(2) L'articolo 253 delle nostre leggi civili alle parole *potranno essere* del codice napoleone, ha sostituita quella di *s'intendono* — aggiungendovi

sempre. Ciò è perfettamente il rovescio, è la violazione del nostro articolo. Epperò giustamente vienc questa dottrina rigettata dal Delvincourt, dal Favard, dal Zachariae, ec. Noi vi torneremo sopra all'art. 337, n.° VII.

Abbiamo detto che, col matrimonio dei suoi genitori il figlio legalmente riconosciuto è legittimato di pieno dritto. Di fatti è per questo che il Codice, nè nel nostro articolo, nè altrove, esige veruna condizione, sia d'una dichiarazione del voto de' genitori, sia della manifestazione dell'assentimento del figlio: è lo stesso fatto del matrimonio che assolutamente conferisce a questo figlio la qualità di legittimo. Adunque la parola *potranno* del nostro articolo significa, non già che il figlio di due persone che si maritano (1) possa essere o non essere legittimato; ma che il figlio naturale sarà o no legittimato, secondochè i genitori si mariteranno o no. La facoltà cade non sulla sola legittimazione che allora potrebbe a volontà risultare o no dal matrimonio, ma ad un tempo sulla legittimazione e sul matrimonio, considerati come due avvenimenti inseparabili che si avvereranno o no entrambi. Ma, beninteso, siccome il precedente riconoscimento è la base della legittimazione, così i genitori o il figlio ben potrebbero impedire o distruggere questa legittimazione: i primi non riconoscendo o dimostrando falso un preteso riconoscimento; il secondo impugnando e distruggendo il riconoscimento de' suoi pretesi genitori.

II. — Del resto, non tutti i figli naturali (2) possono esser legittimati, perchè infatti non tutti possono esser riconosciuti. Questo duplice beneficio della legittimazione e del riconoscimento che n'è il fondamento è positivamente recusato dal nostro articolo e dall'art. 335 [258] (3) a' figli adulterini od agli incestuosi. Si sa che il figlio adulterino è quello che è nato dal commercio di due per-

sone, di cui una o entrambe eran maritate con una terza all'istante del concepimento; e l'incestuoso è quello nato da genitori, i quali al momento del concepimento eran parenti o affini in grado proibito, senza essor già maritati mediante dispense.

Malgrado la disposizione sì formale e sì assoluta del nostro articolo, alcuni giureconsulti e segnatamente il Maleville (art. 331), il Toullier (II-933), il Pont (*Riv. di legist.*, t. VIII, p. 150) e il Dupin seniore (*Monitore* del 4 marzo 1838), hanno insegnato che i figli incestuosi son legittimati col matrimonio susseguente che i loro genitori contraggono in virtù di dispense. Ma questa dottrina è respinta dalla maggior parte degli autori (4). E di fermo, ben lungi che la proibizione del nostro articolo non sia fatta per sì fatta classe di figli incestuosi, essa anzi non è fatta che per se!

L'impossibilità d'ottenere il beneficio della legittimazione non istà scritta se non per quelli tra i figli incestuosi, i cui genitori si maritano di poi mercè dispense, attesochè questo dispense sono l'unico mezzo di matrimonio, ed il matrimonio è il mezzo unico di legittimazione. Apparentemente non a due parenti che non possan maritarsi dice la legge: lo non voglio che il matrimonio che voi contrarrete legittimi i vostri figli!.. Che questa regola sia troppo sovera, che il legislatore non ne abbia calcolate sufficientemente le conseguenze, e che sarebbe bene di abolirla, tutto ciò è possibile, comunque noi noi pensiamo affatto. Noi crediamo per parte nostra che ciò sarebbe dare all'immoralità un premio d'incoraggiamento, e adoperare a render più frequenti gli scandali, e di assicurare l'obbligo sì completo e sì facile del delitto; crediamo che la donna la quale è in prospettiva di un'onla incancellabile pel figlio che può nascere dallo sue criminoso relazioni,

(4) Per noi non vi ha dubbio su ciò che dice l'autore per lo cambiamento portato all'articolo. Vedi la nota precedente. (Nota del traduttore.)

(2) Il concubinato in Roma fu riconosciuto anche dalle leggi e si differenziava dal matrimonio (*justae nuptiae*) in quanto questo conferiva alla donna i diritti del marito e generava la patria potestà su' figli, e quello non produceva nè l'uno nè l'altro di questi effetti. I figli nati dalla prima unione si dissero *legittimi*, e *naturali* quelli della seconda. Quindi oggi a vero dire non abbiamo più figli naturali nel senso di Roma, non conoscendo più le leggi concubinatio, ma si considerano come tali quei nati da un uomo e da una donna libera, colla quale vi avesse potuto essere matrimonio all'epoca del concepimento.

(3) Sendo per l'articolo 162 delle nostre leggi civili vietato il matrimonio a coloro che sieno legati da voto solenne o dagli ordini sacri, per necessaria conseguenza, nell'articolo 258 rispon-

dente all'art. 335 del codice napoleone, si doveva, come si fece, dal nostro legislatore: estendere il divieto di non poter riconoscere i figli che fossero nati da siffatte unioni. Vedi la nota a questo articolo. (Nota del traduttore.)

(4) Merlin (*v. Legitt.* 5, 2, § 2, 9), Favard (*ivi*, §. 4, 4), R. de Villargues (n. 499), Delvincourt, Duranton (III-177), Proudhon e Valette (II, p. 468), Zachariae (III, p. 672), Duvergier (su Toull.), Demolombe (V-354). — Non vogliamo passarci dal rilevare la singolar idea del Duranton, il quale pensa che la Corte suprema non dovrebbe annullare nè gli arresti che rigettano la legittimazione, nè quelli che l'ammettono. Invero, dal momento che la legittimazione è prosritta dal nostro articolo, come il Duranton stesso il riconosce, egli è ben chiaro che questi ultimi arresti dovrebbero essere annullati per violazione dell'articolo in esame.

sarà più forte contro la seduzione, di quella che sarebbe intravedendo per esclusi gli onori della legittimità. Ma, checché sia di queste idee, ciò che è certo e provato come per una dimostrazione geometrica, si è che le dispense non renderanno mica possibile la legittimazione, l'intanto che la parola incestuoso resterà scritta nel nostro articolo.

III. — Abbiamo già detto, sotto l'art. 314 [236], n.° I, che questa impossibilità di legittimazione per concepimento incestuoso s'applica del pari al figlio che nasce durante il matrimonio contratto in virtù di dispense, ma che fu concepito anteriormente a tal matrimonio. Infatti è al momento del concepimento che è d'uopo sempre ed unicamente riportarsi, per sapere se v'ha incesto o adulterio, e dedurne le conseguenze dell'adulterio o dell'incesto.

Intanto il Durant ed il Zachariae (III, p. 626) professando pur questa dottrina pel caso di adulterio, la rigettano pel caso d'incesto. La legittimazione, secondo essi, è una finzione, per la quale la legge suppone che i genitori eran già maritati all'epoca del concepimento del figlio. Una volta ammesso questo principio, del quale ne proveremo la falsità, ne deducano così le conseguenze: Una finzione legale che necessariamente si arresta ai limiti del possibile legale, quella che fa rimontare il matrimonio all'istante del concepimento, non avrà effetto se il matrimonio non era possibile a tal epoca; or il matrimonio de' genitori incestuosi era già possibile in quel momento, poichè le dispense ottenute più tardi avrebbero potuto ottenersi fin d'allora, al contrario il matrimonio de' genitori adulterini era completamente impossibile; adunque la finzione di legittimazione avrà luogo pel figlio incestuoso e non avrà luogo altrimenti pel figlio adulterino Or tutto ciò è doppiamente erroneo: erroneo nel principio che serve di punto di partenza; errore nel modo di procedere, il quale non è che un circolo vizioso di cui vedremo le strane conseguenze.

Ed in prima, errore nel punto di partita del Zachariae. Per provarlo, daremo delle ragioni che non vengono da noi, ma dal testo stesso della legge ed altresì dal medesimo Zachariae, il quale ha perfettamente confutato se stesso.

La legittimazione è una finzione; ma questa finzione, in cambio di far risalire il matrimonio al dì del concepimento o solo al dì della nascita, fa ridiscendere e il concepimento e la nascita al giorno del matrimonio. « I figli legittimati col matrimonio, dice l'art. 333 [253], avranno gli stessi dritti che se

fossero nati da questo matrimonio. » — « La legittimazione, dice il Zachariae, è una finzione legale (p. 669); ma essa non ha mai effetto retroattivo, non risale nè al dì del concepimento nè al dì della nascita; non data se non dal matrimonio » (p. 673). Infine i suoi due annotatori aggiungono assai chiaramente: « Il giorno del matrimonio è il giorno del concepimento e della nascita legittimi: *Dies nuptiarum, dies est conceptionis et natiuitatis legitimæ*. » ... Questo principio, tutto contrario al primo e tanto vero quanto l'altro falso, ci fa toccar con mano il circolo vizioso che noi apponghiamo ai nostri avversari.

Il figlio, il di cui concepimento incestuoso rimonta a sette od otto mesi anzi del matrimonio la mercè di dispensa celebrato, e la di cui nascita si avvera un mese o due dopo, questo figlio, giusta la dottrina che confutiamo, fu legittimato nel seno materno, non perchè la legittimazione fa fittiziamente rimontare il matrimonio al giorno reale del suo concepimento o, ma, al contrario, perchè riportò il concepimento al giorno reale del matrimonio: *Dies nuptiarum, dies est conceptionis legitimæ*. Benissimo; ma dove si troverà mai la minima ragione perchè altrimenti stia la cosa pel figlio adulterino?... Nove mesi o anno, quando io era maritato a Luisa, Maria ha concepito di me un figlio; questo figlio nasce oggi, alcune settimane dopo il matrimonio che la morte della mia prima moglie mi ha permesso di contrarre con Maria. Essendo questo figlio per l'effetto della legittimazione presunto concepito il dì del matrimonio con sua madre (*dies nuptiarum, dies est conceptionis legitimæ*) il suo concepimento fittiziamente è puro e senza macchia, ed egli nasce legittimo.... Ma non basta: tutti i figli incestuosi o adulterini, nati un anno, cinque, dieci anni ecc. prima del matrimonio che i loro genitori giungono poi a contrarre in virtù o di dispense o della morte del coniuge che prima faceva ostacolo all'unione, tutti costesti figli, in massa e senza eccezione veruna, godranno del beneficio della legge, o per dir meglio, del beneficio assurdo del nostro vizioso ragionamento. Essi pure direbbero che, per effetto della legittimazione, il lor concepimento e la loro nascita saranno fittiziamente discesi al dì del matrimonio, *dies nuptiarum, dies est conceptionis et natiuitatis legitimæ*, e che questo matrimonio li rende legittimi. E che diverrà dunque la regola del nostro articolo, che il matrimonio susseguente legittima i figli naturali, purchè non sieno incestuosi o adulterini?... Per aver voluto modificarla si giunge alla sua piena e intera soppressione; è questo l'effetto dell'arbitrio (1).

(1) Checchè sia per dritto francese, per noi non vale il ragionare dell'autore. Avendo il nostro le-

gislatore riconosciuto il matrimonio come sacramento, per legittima conseguenza ne ha dovuto

Ma quai è dunque il vizio sì profondo del ragionamento che abbiamo tolto a prestito dal Zachariae? L'abbiamo detto, è una petizione di principio: si deducono ed applicano le conseguenze della legittimazione prima di aver provato, e appunto per provare che la legittimazione è possibile... Senza fallo, per effetto della legittimazione, il concepimento e la nascita sono fittiziamente ricondotti al di del matrimonio; ma perchè questo effetto della legittimazione si realizzi, è mestieri anzi tutto che la legittimazione sia permessa. Laonde ciò che sul bel principio conviene assodare, e massimamente prima d'indagare ciò che accadrà pel figlio per effetto della legittimazione, è questo: È il figlio suscettivo di legittimazione? Or a questo il nostro articolo risponde che la legittimazione è impossibile pe' figli adulterini o incestuosi; e oltrechè è sempre ed unicamente il concepimento che fa determinare la qualità d'incestuoso o d'adulterino: qui sta tutto.

E come, infatti, sarà possibile la legittimazione per questi figli, poichè aver dee per base un riconoscimento formale o tacito (formale quando il figlio è nato nel momento del matrimonio, tacito quando ancora non è che concepito), e poichè il riconoscimento, eziandio formale è vietato per questi figli dall'art. 335 [258]?... Si direbbe mai, per sfuggire a questo argomento perentorio, che l'art. 335 [258] non vieta il riconoscimento ed il nostro articolo 331 [253] non vieta egualmente la legittimazione che pe' figli nati da un commercio adulterino o incestuoso, il che lascia intatto il caso dell'art. 314 [256], in cui si tratta di figli soltanto concepiti? Il mezzo non sarebbe affatto idonco; chè innanzi tratto s'applicherebbe non pure al figlio adulterino che all'incestuoso; ora pel primo tutti convengono, la legittimazione essere impossibile; poi ciò menerebbe ad un risultato troppo bizzarro e di cui certo niuno si farà campione; ed è che io potrei sempre riconoscere il mio figlio incestuoso, purchè il facesse mentre sta ancora nel seno della madre!

Cotalchè, riepilogando, i figli adulterini od incestuosi non possono mai essere legittimati, nè dopo nè prima della loro nascita, cioè nè nel caso del nostro articolo, nè dell'art. 314. [256] Ma noi abbiamo veduto (art. 202 [192], n. II, com. 12) ch'essi sarebbero legittimi, se fossero concepiti durante il matrimonio (nullo) che i lor genitori o uno di essi avessero contratto in buona fede.

332 [254]. — La legittimazione può aver luogo anche a favore dei figli premorti, che hanno lasciato discendenti superstiti; ed in tal caso essa giova ai detti discendenti.

I. — La legittimazione avendo per iscopo e per effetto di conferire la qualità di figlio legittimo, la quale avendo per effetto alla sua volta di collegare l'uno all'altro tutti i membri del parentato ascendente e discendente, ne segue che i discendenti legittimi di un figlio naturale premorto possono profittare della legittimità conferita al loro defunto autore, poichè questa legittimità riunirà l'anello, la cui mancanza toglie loro di potersi legalmente rannodare ai loro avoli. Ma a ciò si richiede che i discendenti, lasciati dal figlio defunto, cui si tratta di legittimare, sieno legittimi essi stessi (vuoi pel concepimento medesimo, vuoi per la legittimazione), stantechè un figlio naturale, finchè resta tale, non può mai rannodarsi agli ascendenti de' suoi genitori: a questi soltanto può egli esser legato, di guisa che, legalmente parlando, un figlio naturale aver non può avoli nè avole.

Era dunque mestieri, nell'articolo, alla parola *discendenti* aggiugnere quella di *legittimi*. Ma era ben inutile dire che, nel caso in cui avesse luogo la legittimazione d'un figlio defunto, i suoi discendenti ne profitterebbero, come quelli a' quali soltanto può profittare, in guisa che in loro mancanza sarebbe essa impossibile, trovandosi onninamente senza oggetto.

333 [255]. — I figli legittimati col susseguente matrimonio avranno gli stessi diritti, come se fossero nati da questo matrimonio.

I. — Abbiamo sufficientemente spiegato sotto l'art. 331 [253], la legittimazione essero una finzione, mercè la quale il concepimento d'un figlio naturale ed anche la sua nascita, allorchè egli è nato prima del matrimonio, si presumono non aver luogo se non al momento che segue la celebrazione di tal matrimonio, in guisa che questa legittimazione non ha verun effetto retroattivo. Quindi segue che, nell'intervallo dal suo concepimento reale a questa celebrazione, il figlio, anche nel caso privilegiato dell'articolo 314 [256], è sempre stato spurio, epperò non ha potuto raccogliere le successioni aperte entro questo intervallo.

volere gli effetti; ed effetto di questo sacramento è di considerare come legittimi que' figli, i quali nascono nel matrimonio, nonostante che furono concepiti incestuosi od adulterini: *tanta est vis sacramenti, ut qui antea geniti sunt, post con-*

tractum matrimonium legitimi habeantur. Anzi alcuni scrittori vogliano che per dritto canonico potesse essere legittimato anche il figlio adulterino ed incestuoso mercè del susseguente matrimonio de' suoi genitori. (Nota del traduttore.)

Ne segue altresì che, se il padre d'un figlio naturale legalmente riconosciuto contrae con un'altra donna che non sia la madre di lui un matrimonio da cui nasce un figlio, questo, benchè molto più provetto in età del figlio del primo matrimonio, sarà legalmente secondogenito. Questa circostanza sarebbe di niun momento oggi nelle successioni, dacchè il Codice non ammette veruna preferenza di primogenitura (art. 745 [667]); ma produrrebbe ancora il suo effetto per la trasmissione de' maggioriati, i quali pel poco tempo che han da sussistere passano mai sempre al primogenito de' figli maschi del titolare (V. la spiegazione dell'art. 896 [941]) (1).

SEZIONE II.

Del riconoscimento de' figli naturali.

Questa sezione dovrebbe intitolarsi, per correlazione col cap. II, *Delle prove della filiazione dei figli naturali*; chè qui di fatti trattasi de' mezzi onde il figlio naturale può stabilire questa filiazione.

Un riconoscimento legale è pel figlio naturale l'unico mezzo di provare la sua qualità; non potrebbe egli punto argomentare dal suo atto di nascita nè dal suo possesso di stato. Ma questo riconoscimento può esser o volontario dal canto de' genitori, ovvero forzoso ed ottenuto mercè un giudicato. I sei primi articoli della nostra sezione, 334 a 339 [257 a 262], versano intorno al riconoscimento volontario; gli altri tre parlano del riconoscimento forzoso, o della dichiarazione giudiziaria di paternità o di maternità.

334 [257]. — Il riconoscimento di un figlio naturale si farà con un atto autentico, quando lo stesso figlio nell'atto di nascita non sia già stato riconosciuto.

I. — L'atto che più naturalmente può contenere il riconoscimento d'un figlio è il suo atto di nascita; ma questo riconoscimento può anche benissimo farsi in ogni altro atto, o speciale o relativo nel tempo stesso ad altro obbietto; ciò non monta: la sola condizione

(1) All'articolo 255 il nostro legislatore fa seguire l'art. 256, che è tutto nuovo nelle nostre leggi civili, ed il quale fa rivivere la legittimazione di grazia introdotta da Giustiniano nel capo 2 della novella 74. Esso è così concepito: — « La » legittimazione di mera grazia accordata con decreto del Re gioverà a fare acquistare al figlio i » diritti della legittimità; ma non recherà pregiudizio ai figli legittimi, né ad altri congiunti per » ciò che riguarda la successione. » — Questa legittimazione non si estende se non solo su i figli naturali, essendosi con vari rescritti risposto a' richiedenti di essere contrario alla morale ed alle leggi civili che si accordi ad un figlio adulterino Marcadé T. I.

necessaria si è che l'atto sia autentico, val dire ricevuto da un ufficiale pubblico competente, con le solennità richieste (art. 1317 [271]). Laonde il riconoscimento può essere ricevuto sia prima della nascita, sia posteriormente alla redazione dell'atto di nascita, dall'ufficiale dello stato civile su' registri delle nascite; da un notaio; da un giudice di pace assistito dal cancelliere, in un verbale di conciliazione. Del pari, se sulla intimazione fatta a persona, pel ministero di un usciere, di dichiarare se intenda contrastare al tale bambino la qualità di suo figlio naturale, la persona risponda che riconosce in essolui siffatta qualità, la consacrazione di questa risposta fatta dall'usciera nel suo verbale costituirà un atto perfettamente legale di riconoscimento. Lo stesso anche sarebbe della dichiarazione, eziandio incidente, fatta dal padreo dalla madre nel contratto di matrimonio del figlio, in un inventario per mano di notaio, ec. Il riconoscimento, in una parola, potrà trovarsi efficacemente in ogni atto d'istesso da un pubblico ufficiale, il quale abbia la qualità per ricevere e consacrare la dichiarazione de' cittadini (2).

Ma, il ripetiamo, è d'uopo che l'atto sia autentico, il nostro articolo non può lasciar dubbi su questo punto; ed il decidere, per delle considerazioni, quali che sieno, che in tale o tal circostanza un atto privato potrebbe bastare, è un violare la legge in un modo evidente. Quest'atto non potrebbe servire che di principio di prova per la indagine giudiziaria della maternità; e la contraria dottrina del Toullier è un errore riconosciuto in fatti dal suo annotatore Duvergier (II, 950 a 952). Del resto, da qualunque ufficiale emani l'atto autentico, e sia speciale per il riconoscimento relativo nel medesimo tempo ad altro oggetto, in tutti i casi, purchè non si trova proprio nell'atto di nascita, convien che ne sia fatta menzione in margine di esso atto (V. la spiegazione dell'art. 62 [66]).

Anche nel caso in cui il riconoscimento è fatto nell'atto di nascita, esso non fa mica parte integrante di questo atto; sonoci allora, come abbiamo spiegato sotto l'art. 62 [66], due atti riuniti in uno, e che non sono perciò go-

la legittimazione di mera grazia. — Il decreto di legittimazione deve notarsi in margine dell'atto di nascita del figlio. Ved. gli art. 66 e 283. — Infine è da notarsi che questa legittimazione vale soltanto per gli effetti civili, e non pe' canonici, mentre, giusta la bolla di Bonifacio VIII, per potere questi figli ricevere gli ordini sacri e possedere benefici colla cura di anime, hanno di bisogno della dispensa del Papa, e per i benefici semplici quella del Vescovo. (Nota del traduttore.)

(2) Merlin (Rep., v. Filiazione, n. 6). Toullier (IX-420), Duranton (III-214), R. de Villargues (n. 223), Zachariae (IV, p. 49-50), Valette (I, p. 449), Demolombe (V-398, 399).

vernati dagli stessi principi. Così, laddove in mancanza del padre, la persona presso cui la donna ha partorito, e in mancanza anche di questa persona, i medici, le levatrici o altri individui che allo sgravio abbiano assistito, hanno missione per far distendere l'atto di nascita (art. 56 [58]), e così dare al figlio, quando è legittimo, un atto di filiazione (stantechè per questo figlio è pure atto di filiazione l'atto di nascita, giusta l'art. 319 [241]); queste stesse persone punto non potrebbero, dichiarando la nascita d'un figlio naturale, far redigere un riconoscimento di questo figlio. Il padre medesimo, facendo questa dichiarazione di nascita, non potrebbe indicare la filiazione, cioè fare un riconoscimento, che per lui solo; e l'indicazione che facesse per la madre, senza la costei adesione, sarebbe insignificante (art. 336 [259]). La prova della filiazione naturale non può mai risultare che da una sentenza o da una dichiarazione volontaria dell'autore; laonde un terzo non può fare un riconoscimento, se non mercè una procura speciale del padre o della madre nel cui nome si presenti.

II. — Abbiamo detto che il riconoscimento può benissimo aver luogo anche prima della nascita del figlio e durante la gravidanza della madre; difatti nulla vi si oppone nella legge (1). Nulla si oppone neppure a farla eseguire dopo la morte di questo figlio, in favor de' discendenti legittimi che egli ha lasciati, conformemente a quanto abbiamo detto per la legittimazione sotto l'art. 332 [254] (2).

335 [258]. — Questo riconoscimento non potrà aver luogo a favore di figli nati da incesto o da adulterio (3).

SOMMARIO

- I. La proibizione si applica anche a' figli non ancora concepiti.
- II. Qualunque riconoscimento di figlio adulterino o incestuoso è legalmente nullo e non produce nessun effetto. Errore di Merlin, Toullier, ecc.
- III. La filiazione adulterina o incestuosa può tuttavia trovarsi comprovata.

I. — Abbiamo già fatto avvertire che con la espressione *figli nati da un commercio incestuoso o adulterino* intende la legge tutti i figli nati, provenuti da un incesto o da un adulterio, senz'alcuna considerazione del punto di conoscere se essi sono già nati o sol-

tanto concepiti nel momento che si tratta di riconoscerli.

II. — La regola del nostro articolo pare certamente ben semplice, e non si potrebbe affatto supporre a prima vista che la sia suscettiva di più significati. Non ostante gli autori e i tribunali non son punto d'accordo sul modo onde la si debba intendere.

Gli uni, prendendo il nostro articolo col significato che presenta naturalmente, dicono che qualunque riconoscimento di siffatti figli essendo vietato, se si trovasse di aver luogo in fatto, sarebbe legalmente come non avvenuto, non esisterebbe in dritto, e per conseguenza non produrrebbe verun effetto nè pro nè contro il figlio. — Altri, segnatamente il Merlin e il Toullier, trasportando qui la distinzione degli impedimenti in proibitivi e dirimenti, insegnano che in verità avvi ostacolo al riconoscimento de' figli adulterini o incestuosi, e che conseguentemente, quando un ufficiale pubblico vedrà che un riconoscimento dee condurre a rifermare un adulterio o un incesto, egli dovrà recusare di riceverlo; ma che pure se in fatto questo riconoscimento ha avuto luogo, dovrà produrre i suoi effetti. Onde benissimo potrebbe il figlio invocare questo riconoscimento per esigere gli alimenti cui l'art. 762 [678] gli dà dritto; ma reciprocamente, se il figlio così riconosciuto, ricevuto avesse dal suo autore adulterino o incestuoso una donazione tra vivi od un legato, gli eredi di questo autore potrebbero cziandio invocare il riconoscimento per far annullare questo legato o questa donazione, e ridurre il figlio a' semplici alimenti per applicazione dell'art. 908 [824]. A dover motivare questa dottrina, dicesi innanzi tratto che essa è il solo mezzo di dar effetto all'articolo 762 [678]; poeziachè, se i figli adulterini o incestuosi non potessero esser conosciuti, non vi sarebbe mai luogo di attribuir loro gli alimenti a cui questo art. 762 dà ad essi dritto. Si aggiunga che questa teorica era altresì il solo mezzo di punir l'adulterio e l'incesto, impedendo agli autori adulterini o incestuosi di fare a' loro figli veruna donazione, verun legato, tranne che per semplici alimenti (4). Taluni vogliono allora scindere, chi in un senso e chi in un altro, l'effetto del riconoscimento, applicandolo i primi contro il figlio (per dichiarar nulle le liberalità fatte-

(1) Rig. 16 Dic. 1814, Parigi 4 Feb. 1842; Metr. 49 Ag. 1824; Grenoble, 13 Gen. 1840 (Dev., 40, 2, 215).

(2) Duranton (tit. 261), Loiseau (p. 344), Richefort (II, 263), Rieff. (n. 151), Demolombe (V. 416).

(3) O da congiungimento di persone legate da voto solenne o dagli ordini sacri — aggiunge il rispondente art. 258 delle nostre leggi civili, per una necessaria conseguenza del dettato nell'arti-

colo 162 delle medesime leggi. Vedi la nota (2) pag. 295. (Nota del traduttore).

(4) Merlin (Rep., v. Filiaz., n. 20-22), Toullier (II, 969), Delvincourt, R. de Villargues (F. nat., n. 256), Valette (tit. p. 455-458); Rennes, 31 dic. 1831; Lion, 25 marzo 1835; Parigi, 44 dir. 1835 (Dev., 35, 2, 63 e 306). Redei (Adult., n. 70-72), Fomet de Confans (art. 762-4); Bordeaux, 21 dic. 1835 (Dev., 37, 2, 71).

gli, ma non già a suo favore) per attribuirgli degli alimenti, i secondi per contrario a favor del figlio, ma non già contro di lui (1).

Queste tre dottrine son completamente arbitrarie ed erronee, sono una flagrante violazione de' testi e del pensiero del Codice.

Il legislatore, tutti ne convengono, ha voluto punire l'incesto e l'adulterio; or, per giungere a ciò due mezzi differentissimi gli si offrivano: poteva colpir gli autori ed i figli materialmente e pecuniariamente, ovvero colpirli soltanto moralmente. — Per colpirli materialmente, bisognava in prima dire, come dice in fatti l'art. 762 [678], che i figli dell'adulterio o dell'incesto non potrebbero mai giungere, per qualunque siasi mezzo, a possedere la fortuna dei loro autori; poi, a rendere questa regola efficace, conveniva autorizzare assolutamente il riconoscimento legale di questi figli, facilitarli, mettere tutti i mezzi atti a farlo ottenere, e segnatamente permettere in tutti i casi agli eredi legittimi di provare in tutti i modi possibili la filiazione adulterina o incestuosa dell'individuo che, pretendendosi estraneo al defunto, viene a reclamare una donazione o un legato. — Per colpirli moralmente, la legge doveva dire all'autore adulterino o incestuoso: cotesto frutto del tuo delitto non sarà mai agli occhi miei tuo figlio, io ti vieto di mai dargli questo nome. Nel fatto o per una trista realtà può darsi che sia pur tuo figlio; cotesta filiazione colpevole ed ignominiosa può pure esser vera e cognita ai tuoi vicini ed amici; ma in tutto ciò che è di mio dominio, in tutte le congiunture della vita civile tu non ne dirai motto, tu gli resterai onninamente estraneo. Tu non mi proverai mica, non gli dirai già ch'egli è tuo figlio, nè egli dal canto suo mi proverà che tu sei suo padre, ed un terzo non potrà mai provarlo per meschine quistioni di moneta. — Si vede bene che in ciascuno di questi due sistemi, come in ogni cosa umana, vi era il lato buono ed il cattivo: punendo pecuniariamente, si dava luogo alla divulgazione di numerosi scandali; punendo moralmente, si assicurava a' frutti del delitto un mezzo di palpar la fortuna. Ebbene! quale di questi due sistemi ha abbracciato il legislatore?... Ha scelto il secondo, come doveva fare: gli articoli 335 e 342 [258 e 265] lo provano del resto, vietando, l'uno, la ricognizione volontaria, l'altro, la ricerca giudiziaria della filiazione adulterina o incestuosa. Il legislatore,

diciamolo pure a sua gloria, ha rigettate qui le teorie materialiste, come l'abbiam già veduto rigettarle altrove, come lo vedremo rigettarle ancora più oltre. Il legislatore ha messo gl'interessi morali al disopra degl'interessi monetari; ha credute più importanti di porre un velo sopra filiazioni eriminose, che di vietare la trasmissione de' beni; ha ereditato che la società puniva più degnamente, più moralmente, ed cziandio, chechè sen dica, più energicamente ancora, impedendo ad un padre di prestar legalmente il suo nome, le sue cure e le sue carezze al proprio figlio, che vietandogli di dargli i suoi scudi. « Questa ricognizione, ha detto il signor Duveyrier innanzi al corpo legislativo, sarà impossibile se è forza appoggiarla sull'incesto o sull'adulterio. L'uffiziale pubblico non la riceverà punto; o se suo malgrado l'atto contenga il vizio che lo infetta, questa ricognizione NULLA non potrà giovare al figlio.... Rendiamo grazie a questa innovazione morale... » (Fenet, X, p. 212-213).

Si obietta dicendoci, che se il legislatore avesse in tal guisa inteso di proibire ogni ricognizione, sia volontaria, sia forzata, e non dare alcun effetto a quelle che si trovassero realizzate, non avrebbe nell'art. 762 [678] parlato di escludere dalla successione, per ridurlo agli alimenti, il figlio adulterino o incestuoso. Errore: siffatto articolo 762 si spiega perfettamente con questa previsione del legislatore che, malgrado il suo divieto, vi sarebbero de' casi, in cui la filiazione adulterina o incestuosa sarebbe legalmente conosciuta per forza stessa delle cose. Per questi casi eccezionali, in cui la volontà del legislatore non poteva più nulla, è stato egli costretto ad abbandonare il suo sistema di punizione morale, per prendere il sistema contrario di punizione materiale con la privazione del danaro. Laonde, la giurisprudenza costante della Corte suprema è di accordo su tal quistione con la maggioranza degli autori e degli arresti delle Corti di appello (2).

III. — I casi in cui la filiazione incestuosa o adulterina si trova legalmente conosciuta per la forza stessa delle cose si scorgono dalle spiegazioni date nel capitolo IV del Matrimonio, e nel nostro titolo.

Così, quando un matrimonio celebrato pubblicamente è annullato come contratto ad ontà dell'esistenza di un primo legame, e quando i due coniugi sono riconosciuti di

(1) V. la nota precedente.

(2) Maleville (art. 762). Chabot (ib., n.° 3). Duranton (tit. 195-209). Loiseau (p. 732). Dalloz (Succ., cap. 4). Zachariae (IV, p. 89). Poujol (art. 762, n. 2). Duvergier (sopra Toull., cit.), Demolombe (V, 581-587). Rig., 28 giugno 1815;

Rig., 41 nov. 1819; Rig., 6 mag. 1820; Rig., 4 ag. 1827; Rig., 18 marzo 1828; Rig., 8 febr. 1826; Cassaz. (dell'arresto di Rennes del 1831). 4 dic. 1837; Rig., 8 marzo 1846; Rig., 19 aprile 1847 (Dev., 36, 1, 241; 38, 1, 29; 47, 1, 30 e 562).

mala fede, è ben forza accettare come adulterini i figli nati dalla colpevole unione. Se, nel caso analogo, il matrimonio fosse annullato per parentela o per affinità, sarebbe ben mestieri riconoscere in tali figli la qualità d'incestuosi. Il caso di figli adulterini forzatamente conosciuti si presenta eziandio, 2.^o, nel caso di un non riconoscimento (art. 312, 313 [234, 235]), e 3.^o nel caso di contestazione di legittimità (art. 325 [247]), quando il figlio avendo provato di essere stato concepito dalla tal donna durante il di lei matrimonio, i suoi avversari provano ch'egli non è il figlio del marito di essa donna. (E da rammentarsi che tra il 2.^o ed il 3.^o caso vi ha questa differenza che, nel primo, pel non riconoscimento propriamente detto, è uopo provare o l'impossibilità fisica di coabitazione, o l'impossibilità morale accompagnata dall'adulterio della madre e dall'occultamento della nascita; laddovechè, nel secondo, si può provare la non paternità del marito con tutti i mezzi possibili).

Del resto, fra il caso di annullamento di matrimonio ed i due casi di non riconoscimento o di contestazione di legittimità, vi ha questa differenza che, nel primo, la filiazione adulterina (o incestuosa) è legalmente conosciuta al rispetto al padre come alla madre, nel mentre che, ne' due altri, essa lo è solo rispetto alla madre. Lo è solo rispetto alla madre, anche nel caso di un non riconoscimento fondato sull'adulterio di costei; per ciòchè, se è in tal caso sufficientemente giustificato con la triplice prova dell'adulterio, dell'occultamento e dell'impossibilità morale di coabitazione del marito, che il figlio punto non appartiene a costui, non lo è del pari che appartenga all'individuo riconosciuto come complice dell'adulterio della madre. Quando una moglie obliando i suoi doveri ha tenute delle relazioni colpevoli col tale individuo, nulla prova che non ne abbia altresì avute con altri; la presunzione legale, *pater is est*, non può esistere tranne che pel marito, per colui *quem nuptiae demonstrant*; dal momento che svanisce per lui, non può esistere per verun altro. Se altrimenti fosse, che le relazioni illecite tra un uomo ed una donna potessero menare, agli occhi della legge, a far riconoscere quest'uomo come padre del figlio concepito durante siffatte relazioni, il Codice avrebbe assolutamente per-

messo di ricercare giudiziariamente il padre di un figlio naturale; il che non l'ha permesso se non nel solo caso di rapimento.

336 [239]. — La ricognizione del padre, senza l'indicazione ed il riconoscimento della madre, non ha effetto che rispetto al padre (1).

SOMMARIO.

- I. Ogni ricognizione è personale e colui che la fa. Errore adottato dalla giurisprudenza.
- II. Contestazione di quest'errore merita i lavori preparatori del Codice.

I. — La ricognizione volontaria di un figlio è un fatto tutto personale a colui, da cui essa emana, e che non può quindi aver effetto se non rispetto a lui. Sicchè, la ricognizione fatta da quello che si pretende il padre, avrà effetto per rapporto a lui, in fino a che non verrà impugnata [art. 339 [262]], e non potrebbe essere efficace per rapporto alla madre se non sotto queste due condizioni: 1.^o che contenesse l'indicazione di essa madre, e 2.^o che quest'indicazione fosse fatta col consenso di costei, ossia in virtù di un mandato a tal uopo da lei dato. Ecco ciò che dice ancora il nostro articolo, il quale dichiara che la ricognizione del padre, quando non contiene una indicazione della madre, fatta sul riconoscimento di costei, non ha effetto che pel padre. Sicchè l'articolo viene semplicemente a dire che una ricognizione non ha effetto se non per colui che l'ha fatta, sia da per sè stesso, sia per un procuratore.

Questo senso si naturale e si logico della nostra disposizione non è tuttavia accettato dalla giurisprudenza. I nostri tribunali, e con essi la più parte degli autori, decidono che, purchè vi sia riconoscimento della madre, basta che il padre abbia indicato la madre nell'atto, e che costei abbia confessata la sua maternità, in qualunque modo e in qualunque epoca ciò sia (2). Laonde, quando io ho indicato la tal donna come madre del fanciullo da me riconosciuto, basterà che questa donna, in seguito lo abbia trattato come figlio proprio, merchè le cure da lei apprestategli, e purchè vi sia ricognizione legale di tai donna. — Ma è questo un errore evidente ed una flagrante violazione del nostro articolo; quando la legge, per dargli effetto rispetto alla madre, domanda, a contrario, una ricogni-

(1) La lezione del rispondente articolo delle nostre leggi civili è nel seguente modo: « Il riconoscimento di un figlio naturale non avrà effetto che a riguardo di colui che lo avrà riconosciuto » — La diversa redazione del nostro articolo ha eliminato alcune questioni che hanno avuto luogo in Francia e che vengono dal nostro autore trattate. (Nota del traduttore).

(2) Cassaz., 26 apr. 1821; Parigi, 15 dic. 1834; Rig., 5 mag. 1836; Rig., 22 gen. 1836; Parigi, 20 apr. 1839 (Dev., t. VII, 4, 413; 1835, 2, 5; 1836, 1, 271; 1839, 1, 5 e 2, 219); Toullier (II-927), Duranton (III-245), Zachariae (IV, p. 54), Richefort (II, 278), Toullier (I-427), Duvergier (sopra Tonli.).

zione fatta con l'indicazione della madre, con la sua confessione, è ben chiaro che si tratta di un riconoscimento precedente a questa indicazione, di un consenso in virtù del quale ha precisamente luogo questa indicazione. Il dire che l'indicazione fatta dal padre senza missione della madre (indicazione che, per sé sola niuno la nega, non significa nulla) produce indi la ricognizione quando vi si aggiunge ciò che la dottrina chiama *tractatus*, si è dire, nè più nè meno, che la ricognizione del figliuoli si stabilisce col possesso di stato; or, noi proveremo più innanzi, sotto l'art. 342 [265] n. VI, che la filiazione naturale non può mai stabilirsi col possesso di stato.

È non vi sarebbe al certo verun dubbio sul senso del nostro articolo, e l'interpretazione veramente strana de' tribunali non sarebbe più possibile, se questo articolo fosse soltanto concepito in questi termini: « Il riconoscimento del figlio non avrà mai effetto se non » a riguardo di colui che l'ha fatto (1). » Ebbene, questo è appunto ciò che il nostro articolo significa; si è unicamente questo il significato che il legislatore ha inteso darvi nello scriverlo: eccone la prova perentoria.

II. — Dapprima non comprendevansi, al Consiglio di Stato, che un uomo potesse riconoscere un figlio senza indicar la donna da cui questo figlio era nato, e si pensava che un riconoscimento fatto dal padre senza l'indicazione della madre, o anche con un'indicazione non assentita da costei, non doveva produrre alcun effetto, neppure pel padre. La prima redazione del nostro articolo era dunque questa: « Ogni riconoscimento del padre » soltanto, non assentito dalla madre, sarà » di niun effetto, tanto rispetto al padre quanto alla madre. » (V. Fenet, t. X, p. 72, 80, 81 e seg.). Poscia, si giudicò ch'egli era un esiger troppo il domandare il riconoscimento della madre per dare effetto al riconoscimento rispetto al padre, e si giunse a dire che questo riconoscimento sarebbe soltanto privo di ogni effetto, allora quando vi fosse, dal canto della madre, non già una mancanza di riconoscimento, ma un disconoscimento formale. Quindi l'articolo fu redatto in questo modo: « Il riconoscimento del padre, se » è denegato dalla madre, sarà di niun effetto. » to. » (Ivi, p. 111). Ma si criticò ancora questa redazione; si comprese infine che il riconoscimento essendo un fatto tutto personale a colui che lo consente, era inutile di parlare del punto di sapere se vi era riconoscimento o non riconoscimento della madre, e l'articolo fu definitivamente ricondotto a questa disposizione più semplice e più logi-

ca: « Il riconoscimento di un figlio naturale non avrà effetto se non riguardo a colui che l'avrà riconosciuto » (Ivi, p. 115). Si fu in questi termini che l'articolo venne adottato e comunicato al Tribunato, il quale non elevò critica di sorta sulla sua redazione; e se posteriormente, per mezzo di questa frase equivalente: *Il riconoscimento del padre ... non ha effetto se non rispetto al padre*, si sono messe le parole: *senza l'indicazione e l'adesione della madre*, non è certamente per cambiarne o modificare il senso; gli è per far meglio comprendere che, anche con l'indicazione della madre, ma senza la sua adesione positiva e legalmente comprovata, il riconoscimento non ha alcun effetto rispetto ad essa madre.

Ripetiamolo pure, l'articolo è stato adottato in questi termini: « Il riconoscimento di » un figlio non avrà effetto se non rispetto a » colui che l'avrà riconosciuto. » Or, un riconoscimento non ha luogo se non con la dichiarazione che altri fa da sé stesso o per mezzo di un mandatario speciale.

Se d'altra parte il legislatore avesse inteso consacrare, mercè un'idea che risultasse dal nostro articolo per argomento *a contrario*, il dritto del marito di fare una dichiarazione di maternità dovendo produrre il suo effetto sotto la condizione di un riconoscimento posteriore e tacito di maternità dal canto della moglie; se tal fosse stato il pensiero del Codice, avrebbe dato la stessa missione a' medici, alle levatrici ed a chiunque altro avesse assistito al parto. Costoro, in effetti, hanno la missione per dichiarar la nascita (art. 56 [58]), e niuno meglio di essi può conoscere con certezza la donna a cui il fanciullo appartenga. Or, non si è mai osato pretendere che così fosse Ed infatti, il sistema che qui noi respingiamo avrebbe per risultato di creare un terzo modo di riconoscimento, in luogo di due soli ammessi dalla legge. Un riconoscimento volontario fatto con atto autentico, o una ricerca giudiziaria, ecco i due mezzi permessi. Or, se io posso dirmi legalmente riconosciuto per figlio naturale della donna testè morta, perchè mio padre l'ha indicata nel mio atto di nascita, o anche in ogni altro atto autentico, e perchè di poi questa donna mi ha allevato come suo figlio; allora, io son riconosciuto per un terzo modo, non essendovi veruna dichiarazione giudiziaria intervenuta, e, d'altra banda, non essendovi riconoscimento volontario ed autentico della madre, poichè la donna può bene esser morta anche prima di aver saputo ch'ella era indicata come madre in un atto, redatto forse presso di un notaio lontano dalla sua residenza. Sicchè, leggete l'*esposizione de' motivi*, essa ci insegna che il solo scopo dell'articolo è stato

(1) Sarebbe precisamente la dicitura del nostro articolo quella che desidererebbe l'autore. Vedi la nota precedente. (Nota del traduttore).

di decidere « che colui il quale riconoscesse » per padre non potrebbe dar de' dritti contro la donna ch'egli indicasse. » (Fenet, X, p. 157.)

Il senso del nostro articolo non può adunque esser dubbio, e se i tribunali continuano a dargli l'interpretazione che noi combattiamo, si potrà dire che essi mancano al loro primo dovere *rifacendo la legge*, in luogo di applicarla (1).

§ 27 [260]. — Il riconoscimento fatto durante il matrimonio, da uno de' coniugi, a favore d'un figlio naturale avuto prima del matrimonio da altri, fuorchè dal proprio consorte, non può nuocere nè a questo, nè ai figli nati da tal matrimonio.

Tuttavia, produrrà il suo effetto dopo lo scioglimento del matrimonio, quando da questo non resti prole.

SOMMARIO

- I. Per principio, il riconoscimento di un figlio naturale semplice è possibile in tutte le circostanze. — Il nostro articolo pone un'eccezione a tal principio, togliendo il riconoscimento per un caso, una parte da un altro.
- II. Il riconoscimento di cui parla l'articolo non può nuocere al coniuge come nel caso de' figli del matrimonio. Il 2.º come è incompiuto.
- III. Non si tratta in non de' dritti che il coniuge ha come coniuge. Errore del Duranton.
- IV. Non è questione se non del riconoscimento fatto durante il matrimonio. Errore di Delvincourt. — Motivo dell'articolo. — Errore di Delvincourt, Tessier e Duranton.
- V. Quando il figlio è riconosciuto una volta nel matrimonio, un nuovo riconoscimento non è possibile dopo lo scioglimento. Significato delle parole *autentico*.
- VI. L'eccezione non cade nel figlio appartenente a' due coniugi. Conseguenza. Disciplina tra il marito e la moglie.
- VII. Il riconoscimento formato non produce maggior effetto del riconoscimento volontario. Errore di Tessier, Duranton, Zachariæ e Valette.

I. — La facoltà di riconoscere come nostro il figlio naturale che ci appartiene, purchè non sia nè adulterino nè incestuoso, e di attribuirgli per tal guisa i dritti legali risultanti dalla sua filiazione, è per ognuno un diritto da esercitare, o piuttosto un dovere da adempiere, a qualunque epoca ed in qualunque circostanza si sia. Laonde, un minore, senza autorizzazione del suo tutore, una donna maritata senz'autorizzazione di suo marito, possono per principio dare al loro figlio naturale un riconoscimento che produrrà gli stessi effetti di quello fatto da una persona maggiore ed arbitra de' suoi dritti. Ciò risulta dall'essere il riconoscimento un atto puramente morale, le cui conseguenze dirette sono eziandio puramente morali, e che non ge-

nera effetti pecuniari se non per contraccolpo ed accessoriamente.

Il nostro articolo però apporta una modificazione a tal principio, togliendo, in un caso speciale, non il dritto di riconoscere, ma alcuni degli effetti che il riconoscimento deve produrre, alcune delle conseguenze relative a' dritti pecuniari.

La ricognizione legalmente acquistata della sua filiazione, attribuisce al figlio naturale due specie di dritti: de' dritti morali e dei dritti monetari. Sotto il rapporto morale, il figlio naturale, dal riconoscimento volontario o forzoso che interviene, acquista il dritto di portare il nome di quello de' suoi autori che si trova conosciuto (se sono conosciuti entrambi, prende il nome del padre); si trova collocato sotto la protezione legale de' suoi autori, sia in quanto al suo matrimonio, sia per ogni altro oggetto (articolo 158, 383 [172, 310]). In quanto a' beni, acquista sulla successione de' suoi genitori un dritto più o meno esteso, secondo la qualità degli eredi legittimi con cui concorre (art. 756 [674] (2) e seg.). Per quest'ultima classe di dritti, per gli effetti pecuniari del riconoscimento, il nostro articolo apporta un'eccezione a' principi. Esso dichiara che quando il figlio naturale che un individuo oggi maritato ha avuto prima del suo matrimonio da altri che dal suo coniuge, è riconosciuto da quest'individuo durante tal matrimonio, il riconoscimento non potrà nuocere in nulla ai dritti risultanti dal matrimonio pel coniuge e pe' figli legittimi. (Non si parla se non del figlio concepito prima del matrimonio; perocchè colui che fosse concepito durante il matrimonio sarebbe adulterino, e per conseguenza il suo riconoscimento sarebbe legalmente impossibile, e rimarrebbe non avvenuto se in fatto avesse luogo).

II. — Questa disposizione essendo un'eccezione, bisognerebbe ben guardarsi dallo estenderne la portata, come anche dall'applicarla ad altri casi all'infuori di quello per cui è fatta. Laonde, il figlio naturale che è riconosciuto nelle circostanze di cui si tratta, sarà privato di tutti i dritti che pregiudicassero il coniuge o i figli nati dal matrimonio; ma di questi soli dritti egli sarà privato.

Ed in prima, sarà privato di tutti i dritti che pregiudicassero al coniuge o a' figli del matrimonio. Pertanto, quando non esistesse alla morte del coniuge che ha riconosciuto, se non un solo de' figli nati dal matrimonio, il figlio naturale non potrebbe reclamare la minima

(1) Valette (II, p. 162), Demolombe (V-383); consultazione di Dupin, Sebire, Odilon-Barrot, Parquin, de Vatimesnil, ecc. (Dev. 35, 3, p. 9-8).

(2) Le disposizioni contenute negli articoli 756,

757 e 758 del codice napoleone, furono con qualche modifica trasfuse nel solo articolo 674 delle nostre leggi civili. Vedi le nostre osservazioni al proprio luogo (Nota del traduttore).

frazione della successione del suo autore; chè se una frazione soltanto ne prendesse, pregiudicherebbe con ciò il figlio legittimo. Sol quando non rimanesse figlio veruno, egli potrebbe esercitare il suo dritto di successibilità: questo positivamente dice il 2.^o comma del nostro articolo, il quale dichiara che, se non rimangono figli dal matrimonio, il riconoscimento produrrà il suo effetto, cioè a dire il suo effetto ordinario, il suo effetto pieno ed intero.

Dippiù, questo comma si trova incompleto nella condizione che esige; ei non sarà sempre sufficiente che non rimanga figlio alcuno del matrimonio, perchè il figlio naturale riconosciuto in tali circostanze possa esercitare il suo dritto di successibilità. Se il coniuge di colui che ha riconosciuto avesse da esercitare dei dritti sulla successione del defunto, la presenza del figlio naturale non potrebbe nè distruggere nè diminuire questi dritti, poichè il suo riconoscimento non può aver effetto alcuno che pregiudichi questo coniuge. Pertanto, se il contratto di matrimonio dicesse che in caso di morte di uno de' coniugi senza figli del matrimonio, il superstite sarà proprietario di quanto l'altro lascerà, il figlio naturale non potrebbe pretendere nulla. Lo stesso è a dirsi se, non lasciando il defunto alcun crede legittimo, il coniuge trovasse per ciò, nella sua qualità il titolo di successore universale dell'altro coniuge (art. 767 [683] (1)). Se il contratto di matrimonio, in luogo di attribuirlo al coniuge la totalità de' beni del premorto, gli facesse donazione di una parte più o meno considerevole di essi, o di una somma determinata, questa donazione evidentemente si eseguirebbe ancora per intero, senza che il figlio naturale potesse mai farla ridurre. In tutti questi casi, come il figlio naturale non potrebbe esercitare i dritti che ordinariamente provengono da un riconoscimento, se non ledendo i dritti che il coniuge ha in tal qualità di coniuge, questi dritti del figlio non esisteranno affatto. — Il secondo comma del nostro articolo doveva adunque dire che il riconoscimento produrrebbe il suo effetto, dopo lo scioglimento del matrimonio, sol quando 1.^o non vi rimanessero figli del matrimonio, e 2.^o quando quest'effetto potesse realizzarsi senza distruggere o diminuire i dritti del coniuge. Invano sarebbe l'argomentare da questo 2.^o comma per combattere il primo; egli è chiaro che ben questo primo comma contiene la regola di cui il secondo non fa se non indicare uno sviluppo; or, questa regola si è che il riconoscimento non può nuocere nè al coniuge

nè a' figli. . . Se il legislatore, nel formulare il risultato, inutile d'altra parte ad esprimerlo, della disposizione che aveva statuta, si è più preoccupato de' figli del matrimonio che del coniuge, egli è che un litigio con questo coniuge si presenterà assai men sovente che coi figli. In effetti, avverrà spesso che per la morte medesima di questo coniuge si scioglierà il matrimonio, ed allora non vi sarà più litigio possibile; nel caso stesso in cui sopravviverà, questo coniuge non avrà sovente a reclamare su' beni del premorto dritti abbastanza considerevoli, perchè il riconoscimento del figlio naturale possa nuocerli. Nel caso de' figli, all'incontro, semprechè ve ne sarà un solo, il figlio naturale non avrà dritto a nulla.

Del resto, quando noi diciamo, con la legge, che il riconoscimento, fatto durante il matrimonio da uno de' coniugi, del figlio naturale avuto da altri fuorchè dal suo coniuge, non può nuocere per nulla ai dritti di costui, nè a' dritti de' figli del matrimonio, ciò deve intendersi sotto una leggiera modificazione. In effetti, il figlio naturale in tal guisa riconosciuto avrà sempre dritto agli alimenti, il che pregiudicherà in qualche sorta i dritti del coniuge e de' figli legittimi. Il dritto agli alimenti non è considerato come un dritto pecuniario, non è un dritto di successibilità: sebbene i figli adulterini o incestuosi non abbiano alcun dritto alla successione, hanno nulladimeno il dritto agli alimenti, con maggior ragione apparterrà esso al figlio di cui parla il nostro articolo.

III. — Ma unicamente a' dritti che appartengono al coniuge per la sua qualità di coniuge, il riconoscimento del figlio naturale non può nuocere. Laonde, se fosse con un testamento o con una donazione fatta in fuori del contratto di matrimonio e dopo la celebrazione, che il coniuge avesse attribuito all'altro la totalità de' suoi beni, in mancanza di eredi riservatari, il figlio naturale non sarebbe obbligato di rispettare questa disposizione, tuttochè scritta prima del suo riconoscimento; egli potrebbe farla ridurre per prendere la sua riserva, assolutamente come lo potrebbe un figlio naturale riconosciuto prima del matrimonio. Allora, infatti, si tratta di dritti che il coniuge reclama, non come coniuge, ma come donatario o legatario. Or, il nostro articolo non dice che il riconoscimento non potrà nuocere a' donatari o legatari; dice soltanto che non potrà nuocere ai dritti del coniuge, ossia a' dritti che derivano da questa stessa qualità, sia secondo le disposizioni della legge, sia secondo le clausole

(1) Vedi la nota (4) pag. 287, ove fu da noi accennata la differente redazione del nostro articolo

683 dal suo rispondente articolo 767 del codice napoleonico. (Nota del Traduttore).

fermate nel contratto di matrimonio, come sua condizione. La decisione contraria del Duranton (III, n. 253) ci sembra adunque un errore evidente. Essa è tanto men dubbia quanto che, le donazioni tra coniugi ed i legati essendo sempre revocabili a capriccio del disponente [art. 895, 1096 (815, 1050)], il legislatore non ha potuto avere neppure il pensiero di dire che il coniuge che gli ha fatti non vi potrà nuocere nel riconoscere un figlio naturale. Una simile disposizione non avrebbe avuto significato; poichè questo coniuge avrebbe sempre potuto, nel fare il riconoscimento, lacerar la donazione o il testamento (1).

Con più ragione, il riconoscimento produrrà i suoi effetti ordinari per quanto riguarda i rapporti puramente morali. Pertanto, il figlio naturale potrà portare il nome del coniuge che l'ha riconosciuto; si troverà sotto la sua potestà; e se questo coniuge divenuto vedovo sposasse in seguito il secondo autore del figlio, questo figlio sarebbe legittimato. Sarebbe adunque ben inesatto il dire, al pari di alcuni autori, che questo riconoscimento non produce effetto alcuno.

IV. — Ora, occorre ben osservare che la regola eccezionale del nostro articolo non è data se non pel caso in cui il riconoscimento è fatto: 1.° durante il matrimonio, e 2.° per un figlio che il coniuge ha avuto da altri che dal suo coniuge.

Ed in prima, non è questione che del riconoscimento fatto durante il matrimonio. Se dunque dopo di essere divenuto vedovo il coniuge avesse riconosciuto il figlio che ha avuto prima del suo matrimonio, il riconoscimento avrebbe il suo pieno effetto, anche quando esistessero de' figli nati dal matrimonio ed a cui questo riconoscimento nuocerebbe. E come, infatti, il coniuge vedovo sarebbe egli nell'impossibilità di riconoscere questo figlio, poichè potrebbe, nessuno il contrasta, legittimarlo con un secondo matrimonio, pregiudicando ancor più i figli della prima unione? . . . Ciò che toglie infine ogni dubbio a questo riguardo, si è che una disposizione scritta dapprima per consacrare l'idea opposta (art. 31 del progetto) fu respinta nella discussione al Consiglio di Stato. L'opinione contraria, professata dal Delvincourt, e rigettata da Toullier e da Duranton, è dunque un errore.

Quest'errore scaturisce da un'idea che si presenta in fatti, molto naturalmente, ma che è pertanto inesatta, e di cui bisogna disbrigarsi se non si vuol trovar contraddittoria la teoria del Codice.

(1) Conf. Zachariae (IV, p. 63), Demolombe (V-476); Carn, 21 vent. anno XII.

Delvincourt fonda la sua decisione su questo pensiero, che la regola del nostro articolo è stata fermata tanto in considerazione dei figli del matrimonio ed in veduta diretta del loro interesse, quanto in considerazione del coniuge stesso. Toullier e Duranton, i quali nonostante che rigettano la conclusione di Delvincourt, ammettono nonpertanto il suo principio. Per tal modo l'ultimo di questi autori, nello spiegare che il riconoscimento produce tutti i suoi effetti quando si tratta di un figlio appartenente a due coniugi, ne dà per ragione che i figli del matrimonio non possono punto dolersi allora, come non potrebbero se i genitori avessero riconosciuto questo figlio prima del matrimonio (III-218) . . . Ma se questa ragione del Duranton fosse esatta, andrebbe, nè più nè meno, fino a distruggere completamente la regola del nostro articolo; perciocchè quando un solo de' coniugi riconosce il figlio nato prima del suo matrimonio, si potrebbe dire nella stessa guisa che i figli del matrimonio non possono punto dolersi, come non potrebbero se questo coniuge avesse riconosciuto il figlio prima del suo matrimonio. . . Se adunque il punto di partenza che prende Delvincourt fosse esatto, se fosse vero che la legge modifica l'effetto del riconoscimento fatto durante il matrimonio tanto per la considerazione de' figli legittimi quanto per la considerazione del coniuge, non si dovrebbe, come il Duranton (che si mostra qui inconsequente col suo principio), ammettere la nostra dottrina; bisognerebbe adottare quella di Delvincourt ed andar più oltre di lui ancora. Sarebbe mestieri dire che posto che vi saranno figli legittimi, il riconoscimento de' bastardi nati prima del matrimonio non sarà possibile, con effetto completo, nè da parte d'uno de' coniugi, sia durante, sia dopo il matrimonio, e nè pure da parte di ambo i coniugi durante il matrimonio, pel loro figlio comune; occorrerebbe dire altresì che il coniuge che avea avuto, da altri fuorchè dal suo coniuge, un figlio naturale non riconosciuto all'epoca della morte di costui, non potrebbe legittimarlo in seguito maritandosi in seconde nozze con l'altro autore di questo figlio. In tutti questi casi, infatti, il riconoscimento o la legittimazione nuocerebbe all'interesse de' figli legittimi. Laonde, il riconoscimento non sarebbe mai efficace, in questo sistema, se non quando avesse avuto luogo prima del matrimonio, poichè allora vi sarebbe stato dritto acquistato pel figlio naturale sin da prima della celebrazione dell'unione.

La falsità de' risultati prova la falsità del punto di partenza.

No, il riconoscimento del figlio che ho avuto da altri che da mia moglie non è per l'inte-

resse de' figli del matrimonio che non può aver luogo, con pieno effetto, durante il mio matrimonio; perciocchè quest'interesse avrebbe fatto modificare egualmente il riconoscimento del figlio che ho avuto da colei stessa che oggi è mia moglie; or, Delvincourt medesimo è ben obbligato di concedere che questo riconoscimento produrrà tutto il suo effetto. Delvincourt dice che la ragione di questa differenza è che « in quest'ultimo caso l'altro coniuge conosceva l'esistenza del figlio, e che quindi non può dire di essere stato ingannato. » Ma che importerebbe che l'altro coniuge fosse stato ingannato o no, se il motivo del nostro articolo fu l'interesse de' figli del matrimonio? . . . Il solo motivo che rivela l'insieme delle disposizioni della legge, si è la discordia, la disunione che getterebbe tra' coniugi il riconoscimento ond'è questione, ove gli si lasciasse produrre i suoi effetti ordinari. Non è egli evidente che il coniuge non vedrebbe con occhio indifferente distruggere i suoi dritti o soltanto quelli dei suoi figli col riconoscimento di un figlio che non gli appartiene? . . . La legge modifica in tal caso i principii ordinari, sol perchè il risultato inevitabile di essi sarebbe la dissensione de' coniugi; per tal motivo essa dichiara che questo riconoscimento non produrrà i suoi effetti pecuniari, e che non nuocerà nè al coniuge nè a' figli legittimi. Quando il figlio riconosciuto è in pari tempo quello del coniuge, non essendo più allora da temersi questa dissensione, l'articolo parla dunque soltanto del figlio che il coniuge avesse avuto da altri che dal suo coniuge; ed infine perchè questa dissensione non è più da temersi quando il coniuge è morto, esso parla unicamente del riconoscimento fatto durante il matrimonio.

Questa dottrina ci sembra tanto logica per quanto è chiara, e siamo stupiti in vedere un autore sì di senno come il Delvincourt combatterla con un raziocinio falso come questo: « Se, dic'egli, lo scopo unico del legislatore fosse stato d'impedire che la pace domestica fosse turbata, avrebbe annullato il riconoscimento nell'interesse del coniuge soltanto, o piuttosto avrebbe assolutamente proibito ogni riconoscimento durante il matrimonio. » L'inesattezza di queste due idee si tocca con mano. Il primo mezzo non avrebbe raggiunto lo scopo; poichè il coniuge contro cui il riconoscimento non avrebbe avuto effetto si sarebbe indignato dell'effetto che esso conservava contro i suoi figli. Il secondo avrebbe oltrepassato questo scopo e sarebbe divenuto inutilmente barbaro contro il figlio

naturale; perciocchè per qual ragione questo figlio, il cui padre è colpito durante il matrimonio da una malattia pericolosa, sarebbe privo di domandargli e di ricever da lui, per una eredità, il nome che deve portare? Certamente, si era dare al coniuge una soddisfazione ben compiuta col dire che il riconoscimento non potrebbe nuocere nè a' suoi dritti nè a quelli de' suoi figli! Andar più oltre, sarebbe stato crudele ed immorale (1).

V. — Questi principii fan sorgere una questione di cui ci occorre qui parlare. Il coniuge il quale, durante il matrimonio, ha fatto un riconoscimento che non può produrre gli effetti pecuniari, non potrebbe egli, quando si vede vedovo, fare per lo stesso figlio un nuovo riconoscimento che producesse tutti i suoi effetti? . . . Noi noi pensiamo affatto. Quando, durante il matrimonio, il coniuge ha avuto il pensiero di riconoscere volontariamente il suo figlio, o questi si è determinato a dirigere contro del suo autore una ricerca giudiziaria di filiazione, costoro hanno dovuto calcolare ed accettare le conseguenze della circostanza in cui si trovavano; hanno avuto la scelta tra un ritardo che loro permetteva di sperare un riconoscimento pienamente efficace, ma che li esponeva a vedersi sfuggire ogni possibilità di riconoscimento, o una realizzazione attuale che li riduceva ad un riconoscimento, certo per verità, ma incompleto. Questa minore efficacia de' riconoscimenti fatti nel matrimonio è di mezzo, prezioso agli occhi del legislatore, di renderli meno frequenti; ed, in effetti, non vi esiste alcun testo che faccia supporre la possibilità, per uno stesso figlio, di più riconoscimenti successivi e producenti degli effetti diversi. Adunque il riconoscimento regolarmente fatto resterà stabile, ed i dritti del figlio saranno irrevocabilmente determinati dalle circostanze in cui ha avuto luogo.

Il testo stesso del nostro articolo prova questo pensiero essere quello del legislatore; poichè esso contiene una parola degna di osservazione la quale, senza di ciò, sarebbe un contro senso. In effetti, perchè il legislatore ha inteso che il riconoscimento fatto durante il matrimonio non potrebbe venir modificato posteriormente o non produrrebbe mai se non gli effetti primitivamente permessi, e perchè quindi si sarebbe potuto considerare come una conseguenza (ben rigorosa, in vero) di questo principio, il mantenimento della privazione degli effetti pecuniari nel caso stesso in cui i figli nati dal matrimonio venissero a premorire, appunto perciò l'idea contraria, e certamente ben naturale,

(1) Proudhon (I, p. 417), Teullier (II-959), Duranton (III-254), Zachariae (IV, p. 65), Demelens-Marcadé T. I.

be (V.-461); Rig., 6 genn. 1808; Parigi, 17 luglio 1844. (Giorn. del Pal., t. 2, 1844, p. 187).

che la premorienza di questi figli lascerà che il riconoscimento produca i suoi effetti ordinari, è sembrata al legislatore una specie di eccezione arretrata al principio, ed egli ha incominciato il comma che la indica con la congiunzione restrittiva *tuttavia*. Senza di questo pensiero de' redattori, la parola *tuttavia* non avrebbe significato. Il Demolombe (V - 462) adotta pienamente il nostro giudizio a tal riguardo.

VI. — Infine, il nostro articolo si occupa unicamente del riconoscimento del figlio che il coniuge ha avuto *da altri che dal suo coniuge*. Se dunque si trattasse di un figlio appartenente a due coniugi, il riconoscimento, benché fatto durante il matrimonio, produrrebbe pieno ed intero effetto, e si che allora non vi ha mica luogo a temere che il riconoscimento incresca al coniuge.

Ma come mai si saprà se il figlio che un coniuge riconosce appartenga parimenti all'altro?... Quando ambo i coniugi lo riconosceranno ad un tempo, o quando questo figlio, già riconosciuto da uno di essi prima del matrimonio, lo sarà dall'altro pendente il matrimonio, non ci sarà dubbio veruno; il figlio potrà ne' due casi reclamare il pieno effetto del riconoscimento rispetto a ciascuno de' suoi due autori. Lo stesso sarà ancora quando il figlio verrà riconosciuto, prima durante il matrimonio, da un solo de' coniugi, e poscia, sia durante lo stesso matrimonio, sia dopo anche dall'altro coniuge; il primo riconoscimento, che già era paruto dover restare incompleto, produrrà definitivamente tutti i suoi effetti, giacché si troverà posteriormente provato che il figlio, tuttoché sulle prime nol si sapesse, apparteneva realmente ai due coniugi.

Di qui segue che, quando è il padre che volontariamente riconosce il figlio durante il suo matrimonio con la madre, e costei non vuol riconoscerlo altrimenti, il figlio ha sempre la possibilità di far produrre al riconoscimento paterno il suo pieno effetto, esercitando poscia un'indagine giudiziaria di maternità. Se riesce nella sua azione, la sentenza che otterrà, in quel medesimo che avrà per effetto diretto di assicurarli i dritti di figlio naturale rispetto alla madre, avrà per effetto mediato di assicurarli pure in riguardo al padre, il cui riconoscimento sarebbe, senza questa dichiarazione di maternità, rimasto incompleto. — S' intende bene che la cosa starebbe altrimenti, qualora dalla madre fosse il figlio riconosciuto, ed il padre, marito di lei, vi si negasse: essendo interdetta l'indagine sulla paternità, non potrebbe il figlio pervenire a farsi riconoscere da questo padre; e così, trovandosi nella impossibilità di provare che appartiene ad am-

bi i coniugi, il riconoscimento della madre resterebbe privato degli effetti pecuniari relativamente al marito ed a' figli del matrimonio.

A dir breve, ogni qualvolta un riconoscimento, volontario o forzoso, acquistato durante il matrimonio relativamente ad uno de' coniugi, si trovi preceduto, accompagnato o seguito, in qualunque siasi momento, da un riconoscimento comprovante che l'altro coniuge è il secondo autore del figlio; ciascuno de' due riconoscimenti produce il suo pieno effetto, comunque uno di essi o anche entrambi abbiano avuto luogo pendente il matrimonio.

VII. — Alcuni autori insegnano non applicarsi il nostro articolo al caso di riconoscimento forzoso; e vogliono che la dichiarazione giudiziaria, sia di paternità nei casi in cui è possibile, sia di maternità, produca tutti gli effetti ordinari, quand'anche essa abbia luogo durante il matrimonio, a favor di un figlio che non è mica riconosciuto appartenente all'altro coniuge (1). Ma è questo un errore, imperocché il riconoscimento forzoso non può aver effetti più estesi di un riconoscimento volontario.

Il Duranton ci dice che, nel caso di sentenza, il riconoscimento si presume aver avuto luogo nel dì stesso della nascita, giacché fin da quel giorno, aveva il figlio un dritto che la sentenza viene a riconoscere e dichiarare! Ma in verità, non aveva quest'identico dritto il figlio che sua madre benevolmente riconosceva?... La sentenza, dice il dotto professore, non è già *attributiva* del dritto, ma soltanto *dichiarativa*; adunque aver debbe un effetto retroattivo al giorno in cui è cominciato il dritto! Vuolsi egli a ciò rispondere che il riconoscimento volontario non è altrimenti attributivo più che il sia la sentenza?... Senza dubbio quando una sentenza mi dice figlio di Elisabetta, non è già questa sentenza che *mi fa* figlio di questa donna; soltanto essa proclama che io lo sono e lo sono stato sempre. Ma può mai il riconoscimento aver diverso effetto?... E forse il riconoscimento di Elisabetta che mi fa divenir suo figlio? Non era io tale già prima? Forsechè questo riconoscimento (e già, parmi, abbastanza lo dice il suo nome) non ha per unico obbietto di rifermare, di riconoscere la qualità che io ho sempre avuta?... Quando io non giungo a conoscere mia madre se non all'età di venticinque anni, sia mercè una sentenza, o mercè un riconoscimento volontario, poco monta, io sono in-

(1) Toullier (II—938). Duranton (III—255), Zachariae (IV, p. 65). Valette (*su Proudhon*, II, p. 446.)

«dubitatamente il figlio di mia madre sin dalla mia nascita.

Il Duranton insiste sull'idea che noi combattiamo. «La prova, dice egli, che la sentenza non può mica raggiuagliarsi ad un riconoscimento il quale venisse fatto nel momento in cui quella è pronunziata, è che può essere pronunziata dopo la morte della donna!...». Per certo avvi qui una differenza tra i due casi, ma non è poi quella a cui il dotto professore si appone. Questa differenza consiste in ciò, che un morto non può più riconoscere il mio dritto, laddove io posso sempre in quanto a me provare il mio dritto contro i rappresentanti di un morto. Ma questo dritto, lo ripetiamo, preesisteva in un caso come nell'altro; e in ambo i casi pertanto avvi, non *attribuzione*, ma *dichiarazione* e *riconoscimento* di questo dritto.

Si dirà di poi, come pur fa il Duranton in un altro luogo (n.° 188 *alla fine*), che la sentenza è più favorevole del riconoscimento, dacchè non lascia timore di veruna frode? Ma sarebbe un rovesciar tutti i principj del dritto l'accettare un simile argomento. Di fermo la frode mai non si presume; quando un riconoscimento volontario è fatto, esso è vero fino alla prova contraria, la quale è schiusa in forza dell'art. 339 [262] a tutti coloro che hanno interesse ad impugnare questo riconoscimento. Il riconoscimento dunque esisterà sino a che voi ne proviate la frode o l'errore; come pure la sentenza avrà vita, finchè voi non la fate scomparire mediante l'appello o l'annullamento: tale è la teoria giuridica, e gittar delle idee di frode in mezzo a questa discussione, egli è uno spostar la questione.

Il Toullier e il Duranton obbietano eziandio che la nostra dottrina renderebbe illusoria l'indagine della maternità, spogliandola in tal guisa d'ogni effetto. El! no, per fermo; egli è semplicemente un darle i medesimi effetti che al riconoscimento formale e volontario per atto autentico, effetti che sono ancora importantissimi. E perchè non rovesciate proprio il nostro articolo, dicendo anche che esso rende illusorio il dritto pel figlio d'esser riconosciuto dai suoi genitori? . . . L'ultimo di questi autori giunge sino a dire che il nostro sistema crea contro l'azione d'indagine della filiazione una prescrizione arbitraria; ovechè quest'azione è necessariamente imprescrittibile. Ma queste non sono che parole: mainò, l'azione

non è punto prescritta pel matrimonio, po- sciachè da un canto la avrebbe il suo effetto pieno ed ordinario dopo lo scioglimento di esso matrimonio, e dell'altro, eziandio durante lo stesso, il figlio potrebbe sempre intenderla od ottenere una sentenza. Soltanto gli effetti di questa sentenza sono modificati come sono quelli del riconoscimento propriamente detto, il quale senza fallo è altresì imprescrittibile; essi sono, come questi ultimi, ridotti a rapporti morali ed agli alimenti.

Il Duranton infine cerca di appoggiare la sua discussione all'autorità di un arresto di Parigi (27 giugno 1812), il quale egli dice aver consacrato il principio che la dichiarazione giudiziaria di maternità, eziandio intervenuta durante il matrimonio, produce il suo pieno e intero effetto, *senza che il nostro art. 337 [260] possa farvi ostacolo. Or questo arresto non dice di ciò un sol motto e non ha verun rapporto col nostro articolo 337. Di vero, trattavasi del figlio naturale di una Bourgeois che non si era mai maritata, il quale veniva, dopo la di costei morte, a reclamare in concorrenza di due eugini i tre quarti della successione. L'arresto dichiarò la maternità, e giudicò con ragione la dichiarazione giudiziaria produrre i medesimi effetti del riconoscimento volontario (V. Sir. t. XII, 2, 418; J. du Pal., 3.° ed., t. X, p. 519). Come dunque ha potuto scrivere il Duranton (n.° 180, *nota*) che questo arresto aveva ammessa l'indagine della maternità e il dritto di successione *malgrado il matrimonio della madre e quantunque ne esistessero dei figli?*— Il Toullier cita del pari un arresto (Rennes 22 marzo 1810) il quale egli pretende di aver decisa la questione nel senso che noi combattiamo; or quell'arresto decide soltanto, che noi stessi abbiain deciso, che il riconoscimento, volontario o forzoso, o acquistato contro l'uno de' coniugi durante il matrimonio, dà dritto agli alimenti; e in quanto alla questione in cui versiamo, dichiara per contrario in termini formali che non gli occorre esaminarla... (Journ. du Pal., t. VIII p. 198). Del rimanente l'arresto che questi due autori invocan, tanto a cuore di trovare, esiste infine; fu renduto dopo la pubblicazione delle loro opere dalla Corte di Rouen, il 20 maggio 1829 (Journ. du Pal., t. XXII, p. 1041). Questo arresto, dovuto all'autorità del dotto professore della scuola di Parigi, non facendo che riprodurre le ragioni da lui svolte, non abbiamo altrimenti da combatterlo di nuovo (1).*

(1) In quanto ad un arresto di Parigi del 17 luglio 1811 che il Duvergier, senza pronunziarsi punto sulla questione, cita come conforme alla dottrina che noi combattiamo, esso non giudica la questione stantchè dopo la morte della madre,

e quindi dopo lo scioglimento del suo matrimonio pronunzia una dichiarazione giudiziaria di maternità che dee produrre gli effetti ordinari, siccome abbiain insegnato al n. IV (Journ. du Pal., t. II del 1811, p. 187).

Ora le vere ragioni di decidere sono: 1.^a che i motivi del nostro articolo son gli stessi sia in un caso come nell'altro; e 2.^a che gli è unrovesciar tutta l'economia della legge dando, in qualunque siasi congiuntura, maggiore effetto ad un riconoscimento forzoso che ad uno volontario.

1.^a I motivi della legge sono i medesimi; imperocchè importa assai poco al coniuge che da un riconoscimento volontario o da una sentenza vengano infranti i suoi dritti e quelli de' suoi figli, e pertanto le discordie domestiche sono non meno da paventare.

2.^a Da un'altra banda il riconoscimento volontario è la grande, la principal prova della filiazione naturale, come è l'atto di nascita per la filiazione legittima; non è l'indagine giudiziaria se non un mezzo sussidiario ed eccezionale, come nella filiazione legittima il possesso di stato e la prova testimoniale. Or come sarebbe mai il mezzo sussidiario più forte del mezzo principale, l'eccezione più efficace della regola?... Non abbiamo noi veduto la legge (art. 325 [247]), dar minore effetto alla prova di paternità fatta per testimoni sopra principio di prova scritta che a quella risultante dall'atto di nascita? Il Duranton avrebbe tuttavia potuto dire anche lì, che mediante una sentenza la frode è men da temersi che nella semplice dichiarazione di nascita.... Ma non si vede per avventura che questa osservazione, qualunque ne sia il merito, va in senso contrario della legge? Essa tenterebbe a rendere la discussione giudiziaria il principal mezzo di prova, e far discendere nel secondo luogo l'atto di nascita o di riconoscimento. Ora il sistema opposto adottato in un caso, quello di riconoscimento nell'altro, sono i modi più completi e più favorevoli di stabilire la filiazione, sia legittima, sia naturale. Fedele al principio di dritto che la frode non può presumersi e prendersi *a priori* per punto di movenza d'una teoria, la legge, dopo aver dato nella filiazione legittima minore effetto alla paternità provata giudiziariamente, che a quella stabilita coll'atto di nascita, dà qui parimenti minore effetto alla ricerca d'una filiazione che alla personale adesione comprovata dall'atto autentico di riconoscimento. Infatti il riconoscimento volontario, mezzo principale di prova, è possibile assolutamente ed aperto a tutti, ovechè la ricerca giudiziaria è proibita in principio per l'uno de' due genitori. Come dunque aver l'idea di elevare al di sopra dell'altro questo modo ausiliario ed im-

perfetto?... Ben piuttosto si comprenderebbe che si pensasse non attribuirgli mai se non effetti più ristretti. Però ne' primi tempi del Codice, de' solenni giureconsulti, segnatamente il Merlin (*Questions di dritto*, v.^o *Maternità*) pensavano non poter mai la prova giudiziaria di filiazione avere altro effetto che di dar dritto ad alimenti. Era un errore, lo concediamo; ma questo errore almeno aveva una causa che lo spiega; laddove è impossibile, a fronte del sistema adottato dal Codice, giustificare l'errore che vuol dare alla semplice prova di filiazione maggior effetto che non al riconoscimento propriamente detto.

Veggasi del resto la conseguenza veramente ridevole del sistema che noi respingiamo. Un figlio naturale dichiara alla donna maritata che sa esser sua madre, che egli ha risoluto d'intentare un'azione contro di lei; che accadrà mai? Se la madre, vedendo dubbi i mezzi di prova del figlio, lo lascia agire, e se questi riesce, avrà egli acquistato tutti i dritti di figlio naturale; se per contrario la donna, veduta la piena evidenza delle prove che il figlio ha nelle mani, si affretta a prevenir la sua azione, riconoscendolo volontariamente, que' medesimi dritti punto non esisteranno!.. Basta questo fatto per valutar la dottrina che abbiamo testè confutata (1).

338 [261] — Il figlio naturale riconosciuto non potrà reclamare i diritti di figlio legittimo. I diritti de' figli naturali saranno determinati nel titolo delle *Successioni*.

I. — La legge dichiara negli art. 723, 724 e 756 [644, 645 e 674] che i figli naturali a differenza de' figli legittimi, non sono punto *eredi*, val dire rappresentanti, ma soltanto successori *a' beni* che questo defunto avrà lasciati; che pertanto non son mica investiti di pieno dritto del possesso legale di questi beni, possesso che è lor d'uopo domandare alla giustizia; che infine ben posson eglino succedere al padre ed alla madre loro, ma non già a verun parente di essi genitori. Negli art. 757 [674] (1) e seg. la legge indica la frazione di beni alla quale il figlio naturale ha dritto secondo la qualità degli eredi con cui concorre, e svolge diverse regole speciali per questo caso di successione.

339 [262] — Ogni riconoscimento fatto per parte del padre o della madre, ed ogni reclamo per parte del figlio, potrà essere furono fusi nel sole art. 674 delle nostre leggi civili, il quale apportò alcune differenze alle disposizioni francesi, che noteremo a luogo proprio. (*Nota del traduttore*).

(1) Conf. Delvincourt, Loiseau p. 437, Favard (*v. Ricon.*, Sez. 2, § 2), Demolombe (V-466).

(2) Gli art. 756, 757 e 758 del Codice Napoleonico, che versano sulla successione de' figli naturali,

impugnato da tutti coloro che vi avranno interesse.

SOMMARIO.

- I. Un riconoscimento può essere impugnato da qualunque persona che v'abbia un interesse morale o pecuniario. Qual persona v'abbia un interesse morale.
- II. Quali persone v'abbiano interesse pecuniario. Differenza che presenta l'azione da un caso all'altro.
- III. Il riconoscimento può essere censurato sotto quattro rapporti: ma per tre di essi è già vero il dire di non avervi effetto riconoscimento.
- IV. Come e da chi può esser impugnata la reclamazione giudiziaria del figlio.

I. — Abbiain già detto che questo articolo offre un rimedio efficace contro i pericoli dei riconoscimenti dolosi, poichè esso permette a qualunque interessato d'impedire il riconoscimento giudiziario che un figlio volesse ottenere, come altresì di far annullare il riconoscimento volontario di cui egli fosse stato l'obbietto.

I termini assoluti del nostro articolo non possono lasciar dubbi sulle larghe conseguenze che trae seco la sua disposizione, e che d'altra parte non sono se non l'applicazione del dritto comune, de' principj generali.

Così, per non parlare in prima che del riconoscimento volontario, esso può esser censurato da ogni persona, può esserlo sotto tutti i rapporti, può esserlo con ogni mezzo possibile.

E innanzi tratto può chicchessia impugnare il riconoscimento, sol che v'abbia un interesse, sia morale, sia pecuniario.

Le persone che hanno interesse morale ad impugnarlo, sono: 1.° il figlio riconosciuto; 2.° la persona che essa stessa ha fatto o vuol fare per questo medesimo figlio un riconoscimento col quale l'altro si trova contraddittorio; e 3.° la persona che, avendo riconosciuto il figlio, pretende che quella che si presenta come l'altro autore di questo stesso figlio non lo è mica realmente.

1.° Il figlio ha un supremo interesse a non accettare altrimenti uno stato che non è il suo; ond'egli sarà sempre ammesso a respinger questo stato, sia che nel tempo stesso ne rivendichi un altro, sia che veggasi ridotto a non averne alcuno. Sicchè questo figlio può pretendere e provare ch'egli non è mica il figlio della tal donna che lo ha riconosciuto, sia provando pure che sua madre è la tal altra donna, sia dichiarando di non conoscere altrimenti qual sia. Può del pari pretendere e provare che il tal uomo che l'ha riconosciuto non è suo padre, tanto concedendo di non aver padre cognito, quanto rivendicando la paternità del tal altro uomo nel caso eccezionale in cui sua madre fosse stata rapita da quest'ultimo nell'istante del concepimento (art. 340 [263]).

Ma, beninteso, fa mestieri che il figlio provi di non essere altrimenti il figlio di colui o di colei che l'ha riconosciuto; affatto non gli basterebbe dire che non accetta il riconoscimento, che nol vuole. Lo stato d'una persona è evidentemente indipendente dalla sua volontà; non dipende mica dal mio consenso di essere o non essere il figlio del tale o della tale.

2.° Quando un uomo s'è dichiarato padre di un fanciullo, può qualunque altro venir a censurare il riconoscimento e provare d'esser egli stesso il padre. Qui quest'ultima allegazione del secondo individuo è necessaria perchè la sua azione sia ammissibile; non potrebbe egli punto, come può il figlio contentarsi di dire che esso figlio non è suo, ma dev'essere in istato di provare che non è neppure figlio di colui che lo ha riconosciuto. Il figlio in quanto a sè ha sempre interesse a non accettare uno stato che non è il suo; un terzo per contrario non ha verun interesse morale a far annullare il riconoscimento, fatto da un altro, di un figlio che egli confessi non appartenere a sè medesimo. Ben s'intende del rimanente (art. 335) [258] che la contestazione di questo secondo individuo non potrebbe ascoltarsi, come pure il riconoscimento del primo non potrebbe riceversi se l'uno e l'altro menassero ad una filiazione adulterina o incestuosa.

Del pari per la maternità: quando un fanciullo è stato riconosciuto da una donna, può un'altra donna venire a riconoscerlo a sua volta, provando la menzogna o l'errore del primo riconoscimento. Questo conflitto fra due pretese madri, il quale è possibilissimo nel caso di mendacità d'una delle due, che volesse così attribuirsi de'dritti rispetto ad un figlio ricco, sia per una pensione alimentizia, sia per l'eventualità della sua successione; questo conflitto, diciamo, non è neppure assolutamente impossibile con buona fede di ambo le donne; può presentarsi nel caso in cui, per effetto di assenza o di ogni altra circostanza qualunque, vi fossero de' dubbi sull'identità del figlio. Ora in tutti i casi la seconda donna ha il dritto, giusta il nostro articolo, di censurare il primo riconoscimento; giacchè ella ha un grande interesse morale a non lasciar passare suo figlio per figlio di un'altra.

Egli è evidente che il dritto che noi riconosciamo in una persona d'impugnare il riconoscimento anteriore che si trovi contraddittorio a quello che ella vuol fare o che ha fatto pel medesimo fanciullo, appartiene eziandio, reciprocamente, all'autore del primo riconoscimento contro quello posteriore che al suo contraddice; e questa impugnazione del riconoscimento posteriore sarebbe

necessaria al primo preteso autore, ove volesse assicurar gli effetti del riconoscimento da lui fatto in primo luogo. Difatti la priorità di data non dà punto al riconoscimento una maggior forza; l'attribuzione legale della qualità di autore e di figlio naturale non potendo certo essere per così dire il premio della corsa. Perciò abbiain noi detto, mettendo sulla stessa linea i due pretesi autori, il dritto d'impugnare, per interesse morale, appartiene alla persona che vuol fare o che ha fatto un riconoscimento, a fronte della quale ne esiste un altro contraddittorio.

Che se un figlio si trovasse essere stato riconosciuto, sia successivamente, sia nella stessa epoca da due uomini o da due donne, senza che uno di questi pretesi autori avesse fatto o facesse annullare il riconoscimento dell'altro, in questa ipotesi che cosa accadrebbe? Sussistendo questi due riconoscimenti contraddittori con egual forza fino a che l'uno sia impugnato, potrebbe il figlio suo grado esercitare i dritti di figlio naturale di quello de' due autori che più gli piacesse eleggere, salvo alle persone interessate il dritto di contrastargli una qualità ch'egli assumesse, censurando il riconoscimento che gliel'attribuisce. Beninteso, il figlio avrebbe egli stesso il dritto, ma non sarebbe già tenuto a venir a chiedere l'annullamento di quello tra' due riconoscimenti che pretende erroneo. Ma qui ancora non basterebbe punto al figlio dire che egli accetta il tal riconoscimento, e rifiuta l'altro; chè non dipende già dal suo arbitrio di esser figlio di Tizio o di Caio. Lo stesso sarebbe, se altri interessati venissero invece ad impugnare quello tra i riconoscimenti che il figlio vuol ritenere. In tutti i casi, si richiederebbe da parte del tribunale un esame fra i due riconoscimenti contraddittori, e quello dovrebbe mantenersi, cui prove positive, o in mancanza, semplici probabilità mostrassero consentaneo al vero.

3° Concediamo in terzo luogo il dritto d'impugnare un riconoscimento alla persona che riconoscendosi essa stessa per uno degli autori del figlio, pretenda che quella che si dice secondo autore non lo è punto. E di fermo, un giovane d'una famiglia onorevole, che riconosce il figlio che ha avuto da una fanciulla onesta, ha certamente un interesse personale, interesse di onore e di riputazione a non far credere che egli abbia avuto questo figlio da una donna di mondo, segno al dispregio d'un'intera città. Parimenti, se è la donzella che ha riconosciuto il figlio,

non può ella punto essere astretta a subir l'ignominia che le imprimerebbe il riconoscimento del primo mascalzone che venisse a dichiararsene il padre. L'uno de' genitori ha mai sempre un interesse morale, maggiore o minore secondo i casi, ad impedire che un estraneo sia eredito l'altro genitore.

Qui peraltro, come sempre, spetta a quello degli autori che viene a contrastare il riconoscimento dell'altro, di giustificare, se non con prove positive (il che sarebbe spesso impossibile), almeno con probabilità, che i giudici valuteranno, la verità della sua deduzione: una semplice affermazione non basterebbe, quand'anche emanasse dalla madre contro il sedicente padre. Senza dubbio la madre sa meglio di chicchessia a chi appartiene la paternità del figlio; ma potrebbe ella pure, per vendetta o per altra causa qualunque, mentire alla giustizia, e il giudice non dee mai pronunciare che secondo il proprio convincimento. L'opposta opinione pertanto, sviluppata dal Duranton (III-262) ci sembra un errore certo. Laonde si è veduta la Corte d'appello di Parigi nella famosa causa Leroux, in cui due uomini disputavansi la paternità di un figlio, attribuire questa paternità, col suo arresto del 1844, a quello de' due, che la madre ricusava, e ciò sebbene l'altro avesse il primo riconosciuto il figlio, e posea legittimatolo, sposando la madre (1).

Ma questo caso non vuolsi già confondere con quello in cui l'uno degli autori del figlio si fosse permesso, nel riconoscerlo, d'indicare l'altro autore senza mandato di lui. Questi allora potrebbe benissimo, senza obbligo di dare alcuna prova, far sopprimere cotale indicazione; non essendo ciò più un impugnare il riconoscimento fatto dal primo.

II. — L'azione fondata sull'interesse pecuniario appartiene a tutti coloro, a cui potrebbe nuocere il riconoscimento. Laonde gli eredi legittimi di colui che ha riconosciuto, od altri figli naturali egualmente riconosciuti da lui; in loro mancanza il coniuge superstite allo stesso individuo (che si fosse maritato dopo il riconoscimento); o infine lo Stato, potrebbero impugnare il riconoscimento, per allontanare il figlio dalla successione del suo preteso autore; lo potrebbero parimenti legatarî o donatarî, qualora il riconoscimento dovesse nuocere all'esecuzione dei loro legati o donazioni. Non bisognerebbe preoccuparsi dell'idea che queste diverse persone non essendo che gli aventi dritti del preteso autore, il quale non avrebbe potuto egli stes-

(1) Questo arresto, di cui la nostra precedente edizione notava la mancanza nelle raccolte, è stato poi riferito in occasione dell'arresto che riget-

tava il ricorso il 10 febbraio 1817 (Dev. 47, 2. 84. Dall. 47. 4. 69).

so censurare il proprio riconoscimento, non debbono aver punto maggiori dritti di lui. Si sa difatti che quando colui, che io oggi rappresento e che egli anteriormente rappresentava me, ha consentito ad un atto fraudolento in mio pregiudizio, egli si trova perciò appunto non essere stato altrimenti mio rappresentante in tal atto; or questo precisamente vengono qui a dire i successori, i quali sostengono il riconoscimento consentito dal defunto essere stato nè più nè meno che un mendacio.

L'azione fondata sull'interesse pecuniario non avrebbe mica, già si sa, gli stessi caratteri di quella fondata sull'interesse morale. Questa, come tutti i dritti indipendenti dalla volontà, sarebbe imprescrittibile; quella all'opposto, rientrando nella categoria de' dritti che una convenzione, una rinunzia espressa o tacita può infrangere, si estinguerebbe con la prescrizione. Sicchè, mentre le persone, di cui parlavamo nel numero precedente, potrebbero agire in ogni epoca, quelle, ond'è questione in questo n.° II, non potrebbero più agire dopo trent'anni a partire dal momento in cui la loro azione ha potuto essere intentata. Or quest'azione, a differenza della prima, non comincerebbe ad esser ricettibile se non quando gli oppugnant potessero argomentare da un interesse esistente fin d'allora, da un interesse *preesistente ed attuale* (Ved. art. 187) (1). Un'altra differenza, attinente pure alla stessa causa, si è che l'azione fondata sull'interesse morale, sarebbe esclusivamente annessa alla persona degli interessati; laddove quella che appartiene alle persone interessate pecuniariamente potrebbe esercitarsi da tutti i loro aventi dritto, segnatamente da' loro creditori, in virtù dell'art. 1166 [1119].

III. — Non soltanto sotto il riguardo della falsità della dichiarazione, ma sotto tutti i rispetti può il riconoscimento essere impugnato. Sicchè l'impugnante, qualunque egli sia, può contentarsi di pretendere o che la dichiarazione da cui si argomenta non è abbastanza esplicita per costituire un riconoscimento, o che questa dichiarazione trovasi in un atto che non ha punto i caratteri voluti per essere un atto autentico, o infine che il riconoscimento non ha esistenza legale, perchè menerebbe ad una filiazione adulterina o incestuosa; ed avvi questo di notevole che, in questi tre casi, il preteso riconoscimento, appunto perchè non costituisce un riconoscimento legale, potrebbe essere censurato nè più nè meno da colui che l'avesse fatto che da chiunque altro. E di fatti, a parlar propriamente, l'attore non si fa allo-

ra ad impugnare un riconoscimento; ma per contro viene a dire che legalmente non vi è stato riconoscimento di sorta.

Del rimanente, quando trattasi daddovvero dell'impugnazione di riconoscimento, cioè quando si pretende falsa la paternità o la maternità riconosciuta nell'atto, con tutti i modi possibili può farsi la giustificazione: è permessa la prova testimoniale come la prova per iscritto, e quindi i giudici sono autorizzati a determinarsi eziandio per semplici presunzioni (art. 1353 [1307]).

IV. — Non soltanto il riconoscimento volontario del padre o della madre permette il nostro articolo d'impugnare, ma altresì la reclamazione elevata in giudizio dal figlio per giungere alla prova giudiziaria della sua filiazione. Possono pertanto esser snoi avversari tutti coloro che hanno nella controversia un interesse morale, o un interesse pecuniario preesistente ed attuale.

Così un figlio intenta contro Tizia un'azione tendente a farla dichiarar sua madre; questa donna potrà bene non esser la sola avversaria di lui. Se un'altra donna, Sempronia, ha già riconosciuto il figlio, questo dovrà metterla in causa per impugnare il riconoscimento; e, s'egli non la chiama, avrà ella il dritto d'intervenire per difendere il suo riconoscimento contro la reclamazione contraddittoria del figlio. Parimenti il padre che avesse riconosciuto questo figlio, avrebbe pure il dritto d'intervenire per sostenere contro di lui che sua madre non è già quella a cui egli si rivolge. E sebbene questo padre o Sempronia non avessero anteriormente riconosciuto il figlio, avrebbero ciò non ostante facoltà d'intervenire, dichiarando nel momento dell'intervento che hanno questa qualità di padre o di madre. Che se la sentenza ha pronunziata senza che eglino sieno chiamati e senza che intervengano, potranno impugnare con l'opposizione di terzo.

In quanto all'interesse pecuniario, questo non permette affatto d'impugnare se non è preesistente ed attuale; onde coloro soltanto potrebbero impugnare per questa causa, ai quali la pretesione del figlio, se ammessa, toglierebbe de' dritti esistenti fin dal presente. Così se, Tizia è morta nell'istante che il figlio intenta il suo reclamo, gli eredi legittimi di questa donna, i suoi figli naturali legalmente noti, il suo coniuge superstite, ovvero lo Stato, poi ancora i suoi legatari o donatari, potrebbero secondo i casi impugnare la sua pretesione. Ma se è contro la madre stessa che è stato il reclamo del figlio sollevato ed ammesso, questi diversi individui non potrebbero più, dopo la di costei morte, impu-

(1) Articolo soppresso nelle nostre leggi civili.

V. la nota (4) pag. 351. (Nota del traduttore).

gnar la sentenza, atteso che sonostatirappresentati in questa causa da colei di cui sono oggi successori. Bisogna soltanto eccezionare il caso che queste persone provassero esservi stata frode e mala fede nella difesa di Tizio. (V. art. 5, [3], n. II e III, e tutta la spiegazione dell'art. 100 [103]).

340 [263]. — Le indagini sulla paternità sono vietate. Nel caso di ratto, allorché l'epoca di esso coinciderà con quella del concepimento, il rapitore, sulla domanda delle parti interessate, potrà essere dichiarato il padre.

341 [264]. — Le indagini sulla maternità sono ammesse.

Il figlio che reclamerà la madre, dovrà provare ch'egli è identicamente quel medesimo che essa ha partorito.

Non sarà ammesso a somministrarne la prova per testimoni, eccetto che vi concorra un principio di prova per iscritto (1).

342 [263]. — Il figlio non è giammai ammesso a fare indagini sulla paternità e sulla maternità, ne' casi in cui, ai termini dell'articolo 555 [258], non si fa luogo al riconoscimento (2).

SOMMARIO.

- I. Secondo ed ultimo mezzo di prover la filiazione naturale: dichiarazione giudiziarla.
- II. La ricerca della paternità è permessa solo per eccezione. — Condizioni necessarie per la dichiarazione. — Errore del Grenier e del Malpel.
- III. La ricerca della maternità è sempre ammessa. — Si richiede un principio di prova scritta, che ridotta a "lo aggro" e l'identità. Con questo principio, la prova de' due fatti può farsi per testimoni. Errori contrari del Toullier e del Delvincourt.
- IV. Le regole degli art. 336 e 330 [345 e 338] s'applicano tutte alla ricerca giudiziaria della filiazione naturale. — Dimostrazione con documento.
- V. Questa ricerca è impossibile quando deve condurre ad una filiazione adulterina o incestuosa. — Rimando.
- VI. La filiazione naturale non si stabilisce affatto col possesso di stato. Errore del Duranton, del Dictionnaire, del Velleux, ecc.
- VII. Effetti della dichiarazione giudiziaria di filiazione.
- VIII. La ricerca della filiazione non è mai permessa contro il figlio.

I. — In mancanza d'un riconoscimento volontario, la legge permette al figlio naturale di stabilire la sua filiazione mediante una sentenza.

(1) Il rispondente art. 364 delle nostre leggi civili aggiunge alle parole dell'articolo francese — « quando le presunzioni o gl'indizi risultanti da » fatti fino a quel tempo costanti si trovino abbastanza gravi per determinare l'ammissione. »

(2) Essendo per l'antica nostra legislazione ammesse in tutti i casi le indagini sulla paternità, pubblicata la legislazione che ci governa, si è disputato, se i figli nati sotto l'impero delle antiche leggi potessero ricercare il loro padre naturale. La nostra Corte Suprema ha risposto di sì sul riflesso « che i figliuoli nati sotto l'impero delle antiche

za, la quale dichiara che il tal uomo è suo padre o che la tal donna è sua madre. Questa dichiarazione giudiziaria forma il secondo ed ultimo mezzo di provare la filiazione naturale.

Ma questa ricerca giudiziaria è lungi dall'essere ammessa con la stessa facilità pel padre come per la madre. La ricerca della paternità è permessa solo per eccezione; quella della maternità lo è assolutamente o in tutti i casi.

II. La legge non permette di procedere contro un uomo, per fargli attribuire con sentenza una paternità che egli repelle, se non quando quest'uomo si è reso colpevole di ratto o di violazione della madre, e quando l'epoca dell'uno o dell'altro fatto coincida con quella del concepimento del figlio (3).

Pol ratto l'art. 340 [263] è formale: « Allorché l'epoca del ratto coinciderà con quella del concepimento d'un figlio, il rapitore potrà essere dichiarato il padre ». Questo articolo, si vede, non distingue mica se il ratto ha avuto luogo con violenza, o solo con frode, seduzione ed artificio. Non distingue neppure, come fa il Codice penale, art. 354 a 357 [337 e 338], se la fanciulla rapita è minore o maggiore. Quindi, mentre la legge criminale (la quale del resto autorizza l'azione tanto pel ratto fraudolento, quanto pel violento, art. 354 e 356 [337]), non autorizza l'applicazione della pena se non quando la persona rapita è minore; la legge civile invece autorizza la dichiarazione di paternità, quali che stati sieno il mezzo del rapimento e l'età della donna rapita. In fatti, qualora il concepimento d'un figlio coincida col rapimento della madre, havvi qui un fatto ostensibile, patente, e che ha il duplice effetto di render l'individuo, contro cui si procede, poco degno di riguardi o di blandimenti, o di far nascere contro di lui una grave probabilità di paternità. Questo fatto dunque permette di provar questa paternità.

In quanto alla violazione conviene ammettere, malgrado l'opinione contraria del Zachariae (IV, p. 72) che esso autorizza pure la ricerca della paternità. In verità il Codice non indica punto in termini speciali questa causa di eccezione; però si può dire che la si trovi compresa nel testo dell'art. 340 [263]. In fatti, per chi guarda meno alle parole che alle cose, la violazione è un ratto: la per-

« leggi acquistarono con la nascita il dritto di ricercare l'autore de' loro giorni. Che il divieto » introdotto dalle nuove leggi non può applicarsi » in danno del loro stato, senza dare alle medesime un effetto retroattivo. Arresto de' 13 agosto 1839. — Vedi pure gli altri de' 20 settembre 1845, de' 13 marzo 1839 nella causa Sterlik e Donati, de' 9 gennaio 1845 nella causa Rossi e de Rosa (Nota del traduttore).

(3) Non secondo la regola dell'art. 342 [263] si determinerebbe qui l'istante del concepimento (V. la spiegazione dell'art. 343 [266]).

sona non è materialmente trasportata da un luogo ad un altro, ma è per un momento rapita a sé stessa e rapita con violenza. Deve anzi con un argomento *a fortiori* essere ammessa la nostra decisione; giacchè 1° il ratto propriamente detto, non autorizza la ricerca della paternità, se non perchè dà la semplice *presunzione* di un commercio, il quale è pur troppo certo nel caso di violazione; 2° la coincidenza dell'epoca del concepimento può allora determinarsi con viemaggiore precisione che nel caso di ratto (1).

Ma la circostanza che vi sia stato ratto o violazione, coincidente con l'epoca del concepimento, non basta, perchè il reo sia necessariamente dichiarato il padre; la soltanto rende possibile la dichiarazione. Dopo una lunga discussione nello scotto formalmente riconosciuto di render facoltativa la dichiarazione furono le parole *potrà essere* sostituite alla parola *sarà* (Fenet, X, p. 133). Il rapitore potrebbe dunque, provando le relazioni della madre con altri che con lui, ovvero dimostrando non aver egli avuto commercio con esso lei, sfuggire alla dichiarazione di paternità.

E d'uopo inoltre, perchè l'indagine e la dichiarazione sien possibili, che la madre fosse zitella o vedova all'epoca del ratto o della violazione, e dippiù che non sia ella parente del rapitore in grado proibito, altrimenti l'articolo 342 [265], che vieta l'indagine di ogni filiazione adulterina o incestuosa, si opporrebbe alla dichiarazione di paternità. Ciò è evidente e la contraria dottrina di Grenier (*Donat*. I-100 bis), Loiseau (p. 735) e Malpel, è un errore manifesto. Egli è chiaro di fatti che il divieto della investigazione di paternità per la circostanza di adulterio o d'incesto non ha senso nè applicazione possibile, se non pel caso in cui essa indagine fosse permessa fuori dell'incesto e dell'adulterio; or l'indagine appunto non è permessa che pel caso di ratto. Laonde, nonchè il divieto non sia fatto per questo caso, è all'opposto esclusivamente fatto per esso (2).

III. — L'indagine della maternità per l'opposto è autorizzata sempre e assolutamente; tranne il caso in cui, provandosi la paternità fin da ora certa e comprovata, questa indagine di maternità menasse ad una filiazione adulterina o incestuosa. Fuori questo solo caso, la madre può sempre giudiziariamente ricercarsi.

Al figlio che intenta l'azione spetta provare che egli è ben quello di cui la donna si è sgravato, il che non può fare per mezzo di

testimoni se non quando ha un principio di prova scritta. Or l'obbietto di questa prova è complessivo come si vede; giacchè provare di essere il figlio che la donna ha partorito si è provare primamente che la donna si è sgravata, e dipoì che colui che fa la prova è appunto il figlio di cui ella si è sgravata. Cotalchè il principio di prova scritta che domanda l'art. 341 [264] dee riflettere sì il fatto del parto e sì l'identità del figlio, e mercè questo principio di prova può il figlio compiere con testimoni e la prova dello sgravato e quella della sua identità. Commette dunque un errore il Toullier, quando insegna (II-912) che la prova dell'identità possa farsi con testimoni avendo un principio di prova scritta, ma che quella dello sgravato debba farsi tutta intera mediante scritture; e cade nell'opposto errore il Delvincourt, quando insegna che il principio di prova scritta non sia necessario altrimenti pel fatto dello sgravato (3).

Si è già veduto, intendersi per *principio di prova scritta* ogni atto che, senza provare il fatto allegato, lo rende già verisimile, e che emana da una persona la quale ha o avrebbe, se visse, un interesse contraddittorio a quello del figlio (art. 324 [246]). Quindi segue che il figlio non potrebbe presentare come scritto che offrisse un principio di prova l'atto di nascita in cui la donna, contro la quale egli agisce, fosse stata indicata come sua madre, sulla dichiarazione sia del padre, sia d'un medico o d'una levatrice che non abbiano ricevuto mandato da lei per fare questa dichiarazione. Difatti l'atto in questo caso non emana già dalla madre, e coloro da cui emana non si trovano affatto avversari del figlio. Niun dubbio è possibile intorno a ciò; chè i motivi per noi indicati fecero rigettare nel Consiglio di Stato un comma il quale nella prima redazione del nostro articolo dichiarava che l'atto di nascita servirebbe di principio di prova scritta (Fenet, I. X, p. 72 e 78).

Altrimenti sarebbe qualora la dichiarazione fosse stata fatta da una persona la quale avesse un interesse contrario alla pretensione del figlio; per esempio dal padre o dalla madre della giovane sgravata. Questo padre e questa madre infatti, essendo gli eredi della figliuola, hanno un interesse ad impugnare la qualità del figlio. Vero è che il Bonnier (*Tr. d. pr.*, n° 145) e il Demolombe (V-503) insegnano non potersi nella fattispecie invocare qualunque atto emanato da una persona che sia o che fosse interessata nella controversia, (*Adult.*, n. 69), Zachariae (IV, p. 89), Demolombe (V-565).

(3) Merlin (*Rep. v. Matern.*, n. 4), Duranton (III-240), Richefort (II-328), Zachariae (IV, p. 79), Duvergier (su Toul., *ivi.*), Demolombe (V. 500).

(1) Delvincourt, Loiseau (p. 418), Toullier (II-914), Valette (II, pag. 439), Richefort (II-306), Taulier (I, p. 434), Demolombe (V-494).

(2) Duranton (III-235), Demante (I-325), Bedel Marcadé T. I.

giusta l'articolo 324 [246], ma soltanto quello che emana dalla madre stessa, secondo l'articolo 1347 [1301]. Ma quest'idea sembraci inammissibile. Tacendo il nostro capitolo sulla natura che dee rivestire il principio di prova, bisogna dunque per analogia decider questo punto. Or l'analogia è certamente maggiore con le regole del capitolo precedente che con quelle del titolo de' Contratti. D'altra parte è evidente che alla regola di quel capitolo intendevano riferirsi i compilatori, e non già a quelle di un titolo che nel tempo dell'adozione de' nostri articoli non esisteva peranco. Alla prima pertanto è forza attenersi, ed in effetti la giurisprudenza vi si attiene (1).

IV. — La regola degli art. 326 e 327 [248 e 249], che dichiarano i soli tribunali civili competenti per le quistioni relative alla filiazione legittima, e quella degli art. 328 a 330 [250 a 252], che consacrano in questo medesimo caso l'imprescrittibilità dell'azione di reclamazione pel figlio e regolano la sua trasmissione a' successori universali, si applicano del pari al caso di filiazione naturale, cioè alla ricerca giudiziaria, sia della paternità, sia della maternità.

La cosa è evidente per la seconda di queste regole. È chiaro infatti che la filiazione naturale, non dipende dalla volontà dell'uomo più che la filiazione legittima; perciocchè altri non può arrogarsi o togliersi la qualità di padre, madre o figlio naturale del tale o della tale più della qualità di padre, madre o figlio legittimo. Sicchè queste qualità non sono suscettive di veruna convenzione, di veruna rinunzia espressa o tacita, nè peranco di prescrizione veruna. Laonde la reclamazione dello stato di figlio naturale, in quanto tocca la qualità stessa e i dritti puramente morali, resterà inattaccabile dalla prescrizione ed alla rinunzia, ove che vi sarà sottomessa quando non si applicherà più se non a dritti pecuniari, segnatamente quando sarà esercitata da' successori universali del figlio. In breve, si applicherà qui ciò che abbiamo detto sotto gli art. 328, 329 e 330 [250 251 e 252] (2).

Non ci sembra tampoco possibile il dubbio per la prima regola, quella degli art. 326 e 327 [248 e 249], la quale pone il principio che i soli tribunali civili giudicar debbano delle reclamazioni di stato. E di fermo non si vede ragione nè pur pretesto da allegare perchè un tribunale criminale possa piuttosto attribuirsi un figlio naturale che un figlio legittimo. Perciò nella *Sposizione de' motivi* di questo titolo Bigot-Prémeneu presentava questa regola come un principio generale e

senza eccezione, e diceva, terminando il suo discorso e dopo indicate le regole della filiazione naturale: « Infine si è riguardato come importante di ricordare e consacrare la massima che a' soli tribunali civili spetta statuire sulle reclamazioni di stato (Fenet, t. X, p. 158) (3).

Il solo punto adunque che possa formare quistione è l'applicazione dell'art. 327 [249] alla indagine non della maternità, ma della paternità. Infatti questo art. 327 vuole che, in caso di concorso d'un'azione civile di reclamazione di stato e d'un'azione criminale a questo medesimo stato relativa, i procedimenti criminali non possano cominciare o continuare se non dopo la definitiva soluzione della quistione civile; non vuole la legge che la decisione criminale eserciti influenza di sorta sulla decisione civile che ha da pronunziare. Or, poichè nell'indagine di paternità la legge accorda la prova testimoniale pura e senza veruna preliminare condizione, come fa innanzi la giurisdizione criminale, si potrebbe dir che l'influenza del criminale sul civile non è più da temersi, e che pertanto poco rileva che la causa civile non s'istruisca se non dopo il processo criminale.

Noi tuttavia non pensiamo mica che possa esser così. E di vero, la giurisdizione criminale è dalla legge considerata, a dritto o a torto, come quella che non porge sufficienti garanzie per giudicar le quistioni di stato, ed è quindi dichiarata incompetente circa tali quistioni: or la regola che respinge fin la influenza indiretta di essa giurisdizione sulle quistioni di questa specie è pure una conseguenza di siffatta incompetenza. Se dunque, per l'indagine di paternità, questa incompetenza esiste, deve esistere eziandio la regola dell'art. 327 [249] che da tale incompetenza risulta. E di fermo, la condizione preliminare richiesta per l'ammissione della prova testimoniale nelle quistioni di filiazioni legittima e di maternità naturale non è già agli occhi della legge la sola causa di maggior garanzia; sibbene la stessa forma della procedura che sottomette le inchieste civili a difficoltà da cui vanno esenti le inchieste criminali, la diversa qualità de' giudici, che in un caso sono magistrati regolari, nell'altro sono giurati, semplici cittadini, queste differenze son pure delle circostanze che, bene o male, presentano alla legge maggiori garanzie. Or coteste differenze resteranno le stesse e nella ricerca della paternità che nelle altre reclamazioni di stato.

Noi dunque siam di avviso che, eziandio

(1) Caen 10 feb. 1823, 7 apr. 1832; Parigi 7 luglio 1838 (*Racc. di Caen, e Dev.*, 45, 2, 494, nota).

(2) Valette (II, p. 253), Richéfort (II-337), Demolombe (V-621).

(3) *Confr.* Delvincourt, Mangin (*Act. publ.*, I-487), Demolombe (V-531).

nel caso d'indagine della paternità, se un'azione criminale fosse in via d'istruzione allorché comincia l'azione civile o venisse a intentarsi nel corso di questa, la dovrebbe restar sospesa finché la questione civile fosse giudicata. E pensiamo altresì e per necessaria conseguenza che, se la sentenza della Corte d'assise fosse pronunciata prima di cominciare l'azione civile, non si potrebbe, malgrado la contraria opinione del Demante (t. I, n° 322), argomentare dalla procedura criminale per la decisione della questione civile.

Del rimanente vuolsi notare che il ratto di natura da far ammettere l'indagine della paternità non darà sempre luogo ad un'azione criminale, giacché il Codice penale non punisce che il solo ratto de' minori. Gli art. 341 e 344 [169, 160] di esso Codice, che talvolta citansi come quelli che puniscano il ratto di maggiori, non versan nel caso di rapimento; ma puniscono soltanto gli arresti e le detenzioni seguiti senza l'ordine delle autorità competenti e fuor de' casi in cui la legge li permette.

V. — Abbiamo già veduto sotto l'art. 335, [258], che la legge tira sulle filiazioni adulterine o incestuose un velo, che vieta di levare e che non permette di conoscerle legalmente fuorché quando trovasi lacerato per la forza stessa delle cose. Onde qualunque riconoscimento volontario dal canto degli autori, qualunque azione da parte dei figli o d'altri sono severamente proibiti quando hanno per oggetto la rivelazione d'un adulterio o d'un incesto. Noi abbiamo additato sotto lo stesso art. 335 i casi eccezionali ne quali coteste filiazioni si possono trovar conosciute.

VI. — È una questione altamente controversa quella di sapere se il possesso di stato può nel sistema della legge far prova della filiazione naturale, come fa prova della filiazione legittima giusta l'art. 320 [242] (1). Sembraci senza dubbio certa la negativa, e pensiamo che la si sarebbe adottata generalmente ove si fosse disaminata la questione in dritto, in luogo di esaminarla legislativamente.

Un apposito articolo, il 320 [242], dichiara esser il possesso di stato una prova della filiazione; ma questo articolo non è scritto che per la filiazione legittima, e non testo pone una simile regola per la filiazione naturale... A poter dire, non ostante questo silenzio, che la regola esistesse eziandio per gli spurii, sarebbe forza sostenere l'una delle due: o che il legislatore, in quel medesimo tem-

po che scriveva il detto art. 320, intendeva applicarlo per analogia al figlio naturale nè più nè meno che al figlio legittimo; ovvero che, dopo averlo scritto pel solo figlio legittimo, avesse inteso che la regola si estendesse al figlio naturale senza che occorresse dirlo e perchè la sua applicabilità a questo caso parrebbe evidente. Or ciascuna di queste due idee è inammissibile in presenza dei lavori preparatori del Codice.

E innanzi tratto egli è ben certo che non s'intendeva altrimenti estenderlo a' figli naturali la disposizione dell'art. 320 nel momento in cui lo si scriveva, posciachè, dopo aver presentato il possesso di stato in questo articolo (che era il 2.° del Cap. II del progetto) come una prova della filiazione legittima, presentavasi più lungi (nell'art. 7 del Cap. III dello stesso progetto) questo possesso come quello che autorizzasse soltanto per la filiazione naturale l'ammissione della prova testimoniale alla stessa guisa del principio di prova scritta. Vero è che si finì col sopprimere questa parte dell'art. 7 (oggi il 341) per non permettere la prova testimoniale che sotto la sola condizione del principio di prova scritta; ma questa circostanza ulteriore è insignificante in quanto al senso restrittivo ed esclusivo col quale era stato scritto l'art. 320 [242].

Da un'altra banda, essendo la classe dei figli naturali molto meno favorevole di quella de' figli legittimi, ed essendo paruto al legislatore assai meno importante lo stabilimento della loro filiazione (a tal segno che il Primo Console diceva apertamente nel Consiglio: *enfin de' conti la società non ha interesse veruno che sia nota la filiazione degli spuri*), egli è ben impossibile di credere che i redattori abbian riguardato come quello che andava da sé e non aveva mestiere d'esser espresso per la filiazione naturale un mezzo di prova, di cui avean giudicato utile esprimere l'applicazione alla filiazione legittima, allora massimamente che si era prima deciso che per questa filiazione naturale cotale mezzo sarebbe soltanto un principio di prova.

Si è preteso nondimeno che, sopprimendo il possesso di stato come principio di prova nel nostro art. 341 [264], il legislatore aveva inteso erigerlo a prova completa; si è cercato stabilirlo dicendo che la soppressione fu fatta sull'osservazione di Portalis che, « sarebbe assurdo presentare il possesso costante come un semplice principio di prova, quando esso è di tutte le prove la più naturale e

(1) Aff. Proudhon e Vallette (II, p. 453) Delvincourt, Duranton (III 238) Richefort (II 33 bis), Bonnier (Pr. n. 444), Demolombe (V. 480), Rouen 20 mag. 1829, Bastia, 4 dic. 1834, Lione 31 dic. 1835, Rouen 19 dic. 1844, Limoges 4 aprile

1848, Parigi 20 luglio 1849. — Neg. Toullier (II 970), Coulon (Quest. II, p. 584), Zachariae (IV p. 74), Loiseau (p. 474); Bourges 2 mag. 1837, 4 gen. 1839; — Dev. 35, 2, 525, 38, 2, 5, 39, 2, 280, 45, 2, 133, 49, 2, 490.

la più completa». Ma questo è un errore. Imperocchè primamente è impossibile che il legislatore, il quale trattava gli spuri con tanto disdegno ed aveva positivamente dichiarato, che il possesso non produrrebbe per essi la stessa prova che pe' figli legittimi, avesse tutto a un tratto riguardato la regola opposta come tanto evidente da doversi ammettere senza bisogno che fosse espressa: non poteva egli riguardare come una regola che andava da sè quella che egli stesso aveva prima dichiarata inaccettabile; e se avesse giudicato opportuno di ammetterla, è chiaro che avrebbe meglio che altri mai compresa la necessità di dirlo. Onde si vede dai lavori preparatori che la soppressione in parola fu fatta in un ben altro senso.

Il progetto di legge, le cui disposizioni oggi formano gli art. 334 e 341 [257 e 264], non ammetteva che due mezzi di prova della filiazione naturale: 1.° la presentazione di un atto autentico di riconoscimento; 2.° e per la madre soltanto, una prova somministrata in giudizio, ma dopo un principio di prova scritta o di un possesso di stato però costante, possesso che in quel progetto era ammesso come semplice principio di prova. Ora, togliendo via dal nostro articolo quest'ultima idea, si è inteso conservare il principio che in due modi soltanto proverebbe la filiazione naturale: o con un atto autentico o col preliminare d'un principio di prova scritta. Senza dubbio (è tal fu la concessione fatta all'osservazione del Portalis) non si richiese che colui, il quale provasse a' magistrati il costante possesso dello stato che reclama, e così desse loro il convincimento della sua qualità, avesse ancora dopo ciò altro da provare; ma questa prova, come ogni altra prova testimoniale, non potrà farsi che dopo il preliminare del principio di prova scritta. La prova di ciò sta ancora ne' processi verbali.

Da un lato l'osservazione del Portalis tendeva sì poco a sopprimere il principio di prova scritta nel caso di possesso di stato, o almeno il Consiglio l'aveva accettato sì poco in questo senso, che dopo lui il Berlier spiegò come occorresse assolutamente mantenere le parole *prova per iscritto* e così mettere una differenza tra questo caso e QUELLO DELLA FILIAZIONE LEGITTIMA: ed immediatamente dopo questa osservazione fu adottato il cominciamento dell'articolo. Da un altro lato si spiegò lucidamente al Corpo legislativo nella sposizione de' motivi che eziandio la prova delle cure prestate al figlio, come ogni altra prova da farsi con testimoni, non potrebbe mai venir ammessa se non dopo un principio di prova scritta. « Non si presume affatto, fu detto, che un figlio sia stato messo

al mondo, senza che v'abbia per iscritto qualche traccia sia dello sgravio, sia delle cure date a questo figlio. Era dunque ad un tempo richiesto dalla giustizia particolare e dall'onestà pubblica di non ammettere il figlio a provare . . . salvo nel caso che egli avesse già un principio di prova scritta. »

Dunque il possesso di stato non costituisce punto per lo spurio, come nel figlio legittimo, un mezzo speciale di prova esente dal preliminare di uno scritto; non esistono per quello come per questo, tre mezzi di provare la sua filiazione, ma sì due soltanto; e questo possesso di stato non è che uno dei diversi mezzi onde il figlio naturale è autorizzato a giustificare la sua pretesione allora soltanto che qualche scritto la renda già probabile.

Questa dottrina, peraltro, si stabilisce ancora in altro modo.

E di fermo, se vero fosse che il possesso di stato è agli occhi della legge una prova sufficiente della qualità di figlio naturale, e che indipendentemente da ogni scritto ne porge esso una dimostrazione compiuta, lo stesso sarebbe pel padre come per la madre. Or nelle osservazioni fatte dal Portalis, da Berlier e dagli altri consiglieri, non fu mai questione se non della madre, e fu positivamente dichiarato nella sposizione de' motivi che, rispetto al padre, altro mezzo non v'era di accertamento che il riconoscimento con atto autentico. Perciò il Duranton, il Bonnier, il Richefort, ec., riconoscono che il possesso di stato non potrebbe far prova contro il padre. Ma, s'egli è così, come mai osan dire questi autori che il legislatore abbia riguardato cotai possesso di stato come la più certa delle prove?

Per ischivar questa contraddizione, due degli autori che combattiamo, il Demolombe e il Valette, si sono spinti fino a dire che la prova per possesso di stato s'applica infatti al padre come alla madre, e che la ricerca di filiazione (permessa verso la madre, è inibita verso il padre, giusta i nostri art. 340 e 341) non deve intendersi dell'azione fondata sul possesso, perchè colui che possiede il suo stato non ha altrimenti uopo di ricercarlo. Ma quest'idea è per verità sommamente insostenibile. Egli è troppo evidente che per ricerca giudiziaria, che per reclamazione di stato s'intende ogni azione che tenda pel figlio a far comprovare dalla giustizia lo stato che non gli è mica acquistato in dritto, senza distinguere se in fatto egli ne goda o no. Il figlio, dite voi, non ha qui da reclamare il suo stato; giacchè lo possiede: non ha da farsi riconoscere giudiziariamente, perchè ha nel suo medesimo possesso un riconoscimento, e il più intero che sia mai . . .

Che uomini estranei alle cose del dritto parlino di tal guisa, manco male, ma che degli eminenti giureconsulti, come il Valette il Demolombe, tengan pure questo linguaggio, che cadano in un tal *quiproquo*, che facciano una simile confusione del fatto e del dritto, codesto in verità non è da comporcare. . . Nel fatto, sì, senza dubbio, il possesso di stato del figlio naturale è pure un riconoscimento; nel fatto tutti sanno allora a che attenersi sulla filiazione del figlio; nel fatto egli è conosciuto e riconosciuto più completamente che mai. Ma questo riconoscimento in fatto così energico è egli altresì un riconoscimento in dritto e legalmente? . . . Voi ben sapete che no, stantechè riconoscimento legale è unicamente quello cui l'autore ha consegnato in un *atto autentico* (art. 334 [257]). Neppure l'ombra del dubbio è possibile a questo proposito, a fronte sia de' testi del Codice, sia dei lavori preparatori.

Ed in prima la semplice lettura degli art. 334, 338 e 340 a 342 [257-258 e 263 a 265] fa veder chiaro come il legislatore non ammetta qui altro mezzo di prova che 1.° il riconoscimento per atto autentico; o 2.° la *indagine giudiziaria*; e che di conseguenza comprende sotto il nome d'indagine l'azione del figlio che goda d'un possesso di stato. Ciò è appieno evidente, dacchè l'art. 342 per prescrivere qualunque comprovazione giudiziaria delle filiazioni adulterine o incestuose, si contenta di dire che in questo caso la ricerca di paternità o di maternità è proibita. . . Indubitatamente l'azione che un figlio adulterino o incestuoso fonder volesse sul suo possesso di stato è proscritta da questo art. 342. Ma, se così sia la cosa, ben essa è dunque agli occhi della legge un caso di *ricerca giudiziaria*!

Se ora ci riportiamo alla sposizione de' motivi, vedremo ancora e non men chiaro che la legge chiama ricerca giudiziaria l'azione intentata in giudizio dal figlio godente del possesso di stato come l'azione di ogni altro figlio; che l'azione è interdetta verso il padre per questo caso al pari che per ogni altro, dall'art. 340; e che il solo ed unico mezzo di prova per riguardo ad esso padre è pure il riconoscimento volontario per atto autentico. « La filiazione, si disse, non potrà mai essere stabilita contro il padre che in forza del suo proprio riconoscimento; e tuttavia occorrerà che questo riconoscimento sia stato fatto o con l'atto stesso di nascita, ovvero con un atto autentico. » (Fenet, X, p. 73, 77, 79, 155 e 156).

La dottrina dunque che noi ripudiamo è un errore patente; e si vede quanto sia funesto all'intelligenza del Codice questo sistema secondo il quale ciascuno, prendendo per

principale elemento di decisione delle considerazioni che non dovrebbero avere influenza veruna in una semplice interpretazione, si sforza d'imporre alla legge l'idea che a lui sembra la migliore giusta il suo modo di vedere, in luogo di ricercar l'idea, buona o cattiva, che ha avuta il legislatore. . . Qui degli interpreti, vuoi dirlo, poco giudiziari han fatto il primo passo nella via dell'arbitrio, senza avvertire la contraddizione in cui cadeva la loro dottrina, facendo distinzione fra il padre e la madre; ed ecco che due giureconsulti più chiaroveggenti, più logici, per sfuggire a questa contraddizione, si trovano condotti fino ad urtar di fronte ai testi più positivi, alla volontà più formale del legislatore!

VII. — In quanto agli effetti della dichiarazione giudiziaria, si sa già che essi sono i medesimi di quelli del riconoscimento volontario; di guisa che è forza rigettare a un tempo e la dottrina del Merlin, che gliene dà di assai mi nori, e quella del Duranton, che pretende attribuirgliene di maggiori.

La logica prima di tutto così vuole; attesochè nel riconoscimento anche volontario non è già causa diretta degli effetti prodotti la volontà dell'autore, sibbene la qualità di figlio ormai conosciuta. Ma, s'egli è così, che importa il mezzo onde il figlio si troverà riconosciuto per tale, purchè questo mezzo sia legale? La causa, la qualità di figlio naturale legalmente conosciuta è la stessa, dunque gli effetti saran gli stessi eziandio.

La teorica del Codice conduce di forza al medesimo risultato; imperocchè serbandosi qui la legge un silenzio completo, ne segue o che bisogna dare alla dichiarazione del giudice gli effetti accordati al riconoscimento volontario nè più nè meno, ovvero non attribuirgliene alcuno, il che sarebbe assurdo. E però una frase, che il tribunato domandava si aggiungesse all'art. 341, e che come inutile fu rifiutata, diceva: « l'effetto della prova risultante dalla ricerca sarà lo stesso di quello del riconoscimento. » (Fenet X, p. 126) (1).

VIII. — È una questione che a molti giureconsulti sembra estremamente delicata quella di sapere se la madre esser possa giudiziariamente ricercata contro il figlio. Così, quando una donna ha disposto tra vivi o per testamento a favor di un figlio, d'una porzione di beni maggiore di quella che la legge permette a' genitori di dare a' loro figli naturali (art. 908), possono gli eredi di questa donna agir contro il figlio per provare che ella è sua madre, e far ridurre in conseguen-

(1) Chabot, (art. 786, n. 67), R. de Villargues (n. 280), Duranton (III-285), Demande (I-526), Valette (II, p. 161), Demolombe (V-539).

za la donazione o il testamento?... Noi non esitiamo a risponder di no, malgrado l'opinione contraria di autori commendevolissimi (1).

In fatti, noi abbiamo veduto che il legislatore (il quale per buona sorte è più spiritualista di quel che taluni han creduto) riguarda la punizione morale, che risulta dal mancato assodamento legale di filiazione, come più severa per gli autori e pe' figli, come più conforme all'interesse dei costumi (perchè nasconde i disordini), come più degna della legge che la punizion materiale la quale colpisce con multe pecuniarie. Il legislatore, a dritto o a torto, ha avuto fede ne' sentimenti morali dell'uomo; epperò ha riguardato la punizion morale come la prima e la più forte, e l'altra come soltanto sussidiaria (art. 115, II [121]). In conseguenza per le gravi colpe, l'adulterio e l'incesto, ha fulminata la prima; per le altre ha permesso di sfuggire alla prima col subire la seconda.

Ma quando i genitori e i figli subiscono la pena più severa, non qual dritto si verrebbe ad aggiungerli la seconda? Quando la madre si è condannata a presentar suo figlio come un estraneo, ed il figlio ha pur voluto non reclamare il suo titolo di figlio, chi mai avrà il dritto di venire ad occasionare uno scandalo divulgando de' disordini che la legge preferisce tener occultati?... Lo scandalo è dalla legge tollerato quando è il figlio che reclama la madre, perchè questo figlio ha un interesse morale, un dritto sacro; ma permetterlo contro il figlio e contro l'interesse sociale! sarebbe invero un alterare all'intuito il pensiero del legislatore (2).

RIASSUNTO DEL TITOLO VII.

Della filiazione

N. B. — Si sa che le indicazioni degli articoli messe fra parentesi in ciascun riassunto, rimandano meno al testo che al commento degli articoli indicati.

I. — La filiazione è il rapporto di generazioni che esiste tra il figlio e i suoi genitori. Le diverse regole relative alla filiazione variano secondo la qualità del figlio; or due grandi classi di figli si distinguono: i legittimi e i naturali.

Talune regole importantissime sono le stesse per tutti i figli. Indicheremo queste dapprima; poi tratteremo separatamente in due di-

stinti capitoli, 1° de' figli legittimi; 2° de' figli naturali.

II. — Le regole comuni a tutti i figli sono in numero di tre.

1.° Il figlio che non gode attualmente dello stato che pretende essere il suo può reclamare la sua qualità in qualunque epoca. Reciprocamente, gli aventi dritto possono in ogni epoca contrastare ad un figlio lo stato di cui gode: val dire che le due azioni, di reclamazione di stato e d'impugnazione di stato, sono imprescrittibili pro o contro il figlio. Lo stato di un figlio, essendo una cosa indipendentemente da ogni volontà dell'uomo, non può esser l'obiettivo di veruna prescrizione (la quale non è che una tacita rinunzia), nè di alcuna transazione o convenzione qualsiasi (art. 328 [250]).

III. — Ma altrimenti sta la cosa pe' dritti pecuniarî annessi a questo stato, i quali s'estinguono con qualunque rinunzia e quindi anche con la prescrizione. Infatti il dritto del figlio ha un obbietto complesso, il quale è morale da un canto e pecuniario dall'altro (ivi).

IV. — 2° Da questo principio discendono le regole, giusta cui può esercitarsi dagli eredi del figlio l'azione di reclamazione di stato. E invero, per quelli che non reclamano il proprio stato ma agiscono come rappresentanti, in quanto ai beni, del figlio cui tale stato apparteneva, l'azione non è più che pecuniaria.

V. — Dunque, innanzi tratto, l'azione all'ora passa agli eredi quando il figlio non v'ha rinunziato formalmente o tacitamente.

La rinunzia tacita del figlio risulta dal silenzio per lui serbato durante cinque anni a far tempo dalla sua maggiore età. Onde, se il figlio minore dopo ventisei anni senz'aver intentata azione alcuna, gli eredi non vi hanno più dritto.

Se pertanto, dopo quest'età, il figlio intenta l'azione e muore durante l'istanza, questa può esser continuata dagli eredi; purchè, beninteso, nel momento della morte la non si trovi già estinta per la perenzione pronunziata o per la rinunzia accettata (art. 329, 330 [251, 252]).

VI. — Cotalechè il dritto, essendo meramente pecuniario e formando parte dell'eredità, della massa de' beni, appartiene a tutti coloro che han dritto alla totalità o ad una quota parte di questa massa. Laonde non pur gli eredi legittimi, sì ancora i figli naturali legalmente conosciuti, il coniuge superstite, lo Stato, i legatari universali o a titolo uni-

(1) Merlin, *Rep.*, v.° *Matern.*, n.° 5; Pout (*Riv. di leg.*, XIX, p. 254); Richefort (III-336); Zachariae (IV, p. 73); Valette (II, p. 440).

(2) *Confr.* Duranton (III-282), Faustin-Hélie

(*Teor. del C. pen.*, V, p. 483), Demolombe (V-527); Amiens, 9 aprile 1821; Parigi 29 aprile 1844; Colmar 4 maggio 1844 (*Dev.*, 44, 2, 203, e nota).

versale, i beneficiati d'un'istituzione contrattuale fatta allo stesso titolo, godrebbero tutti dell'azione; i soli successori particolari ne sarebbero privati. Per la medesima ragione quelli tra' successori universali che rinunziassero alla successione ne sarebbero privi del pari.

I creditori de' successori universali potrebbero esercitar l'azione a nome e parte del loro debitore.

L'azione trasmessa a' successori universali si estingue mediante la loro rinunzia e la prescrizione, che si avvererebbe con trent'anni a contar dall'apertura della successione (ivi).

VII. — 3° Ogni azione di reclamazione o d'impugnazione di stato non può giudicarsi che dai tribunali civili; e, se un'azione criminale relativa alla questione di filiazione sta in corso quando comincia l'azione civile o viene a intentarsi pendente questa, dee restar sospesa fino alla definitiva sentenza sulla questione portata avanti la giurisdizione civile (art. 326, 327 [248, 249]) (1).

Vediamo ora le regole speciali a ciascuna delle diverse categorie di figli.

CAPITOLO PRIMO

DE' FIGLI LEGITTIMI.

VIII. — Chiamansi *legittimi*, in generale, i figli concepiti o fittiziamente reputati concepiti nel matrimonio, valido o putativo, dei loro genitori.

IX. — Sonovi tre specie di figli legittimi: 1° il figlio legittimo rigorosamente detto, cioè quello i cui genitori erano maritati insieme, all'epoca del suo concepimento; 2° il figlio legittimo impropriamente detto, o tacitamente *legittimato*; cioè quello i cui genitori si sono maritati nello intervallo tra il suo concepimento e la sua nascita; 3° il figlio formalmente legittimato; cioè quello i cui genitori si sono maritati sol dopo la sua nascita.

SEZIONE PRIMA

Del concepimento avvenuto durante il matrimonio e de' figli legittimi propriamente detti.

X. — Poichè è pel concepimento nel matrimonio e pel commercio de' due coniugi che il figlio ha la qualità di legittimo, perciò è mestieri, quando una donna maritata si sgava, di ricercare e l'epoca e l'autore del

concepimento della prole. Or, ciascuno di questi due punti rimanendo coperto da un velo impenetrabile, la legge ha dovuto procedere, per determinarli, per via di presunzioni.

XI. — Per giungere dapprima a conoscere l'epoca del concepimento, la legge pone per principio che ogni gestazione dura almeno centosettantatré giorni compiuti, ed al più trecento giorni. Adunque, il figlio che nasce il centottantesimo giorno del matrimonio, da quello compreso della celebrazione, o posteriormente, è dichiarato concepito nel matrimonio, come anche colui che nasce fra il trecentesimo giorno dopo lo scioglimento del matrimonio da quello infuori di tale scioglimento, o anteriormente. Se il primo nascesse sin dal settantatréesimo giorno dalla celebrazione, ed il secondo non nascesse se non fra il trecentesimo giorno dopo lo scioglimento, entrambi sarebbero concepiti fuori del matrimonio (art. 312 [234]).

XII. — Una volta che il figlio è riconosciuto essere stato concepito nel matrimonio, si presume che abbia di pieno dritto per padre il marito, e che sia legittimo. Ma questa presunzione di paternità del marito può esser respinta da costui. E uopo per giungere a ciò, o 1° che stabilisca un'impossibilità fisica, assoluta, di coabitazione durante i contovventuno giorni a cui il concepimento può rimontare, impossibilità risultante dalla distanza che separava i coniugi o da un accidente sopravvenuto posteriormente al matrimonio (egli non potrebbe addurre nè la sua impotenza naturale, nè un'impotenza accidentale esistente sin da prima della celebrazione; poichè, in ambo i casi, vi sarebbe stata dal canto suo mala fede); ovvero 2° che provi ad un tempo un'impossibilità morale di coabitazione, l'adulterio della moglie coincidente col concepimento, indi l'occultamento della nascita del fanciullo (art. 312, 313 [234, 235]).

Il termine accordato al marito per denegare la paternità è, in generale, di un mese a muovere dalla nascita; ma la legge gliene accorda due quando la nascita gli è stata occultata, o quando egli trovavasi lontano dal luogo del parto; o questi due mesi non corrono che a partire dal suo ritorno o dallo scoprimento della nascita. Del resto, non è necessario che il marito, in questo termine di uno o di due mesi, intenti la sua azione per via giudiziaria; gli basta che faccia, con atto estragiudiziale, una dichiarazione di non riconoscimento, e che intenti dipoi l'azione nel mese che seguirà (articolo 316, 318 [238, 240]).

Collo spirare di questi termini, il non riconoscimento diviene impossibile, poichè la

(1) Vedi la nota (1) pag. 454 ove fu per noi discussa l'opinione che qui accenna l'autore. (Nota del traduttore.)

legge vede nel silenzio serbato un riconoscimento tacito della paternità. Esso diventerebbe del pari impossibile, non già per una semplice convenzione di non procedere in giudizio (la quale sarebbe senza alcun effetto, poichè il dritto del marito è puramente morale), ma per la confessione formale che il marito facesse della sua paternità. La negazione non è permessa quando il figlio non è nato vitale; chè, sarebbe allora uno scandalo inutile (art. 314 [236]).

XIII. — Quando il marito muore, senza avere agito prima dello spirare del termine, e senza aver fatto riconoscimento di sorta, il dritto di denegazione di paternità appartiene a' suoi eredi. Ma passando agli eredi, questo dritto cambia natura: presso il marito, era puramente morale; presso gli eredi, al contrario, diviene un semplice dritto pecuniario. È uopo adunque applicare qui quanto si è detto nel n.° VI di sopra, salvo ciò che concerne la prescrizione dell'azione (articolo 317 [239]).

Gli eredi non hanno, infatti, per dichiarare il non riconoscimento, se non un termine invariabile di due mesi; ma questo termine corre solo dal momento in cui il figlio contesta loro il possesso de' beni. Essi hanno indugi, come il marito, un mese, a far tempo dalla dichiarazione, per intentare l'azione in giudizio (ivi).

XIV. — L'azione, sia intentata dal marito o da' suoi successori, quando il figlio è ancora minore, deve dirigersi contro un tutore *ad hoc* che gli vien nominato da un consiglio di famiglia, composto soltanto de' suoi parenti materni; se il figlio poi è maggiore, la si dirige contro di lui medesimo. In tutti i casi, la madre, ove esista ancora, dev'esser chiamata in causa (art. 318 [240]).

XV. — Il figlio che reclama o a cui si contrasta lo stato di legittimo ha tre mezzi, sussidiarj l'uno all'altro, di stabilire la sua filiazione; 1.° l'atto di nascita; 2.° il possesso di stato; 3.° la prova testimoniale.

XVI. — 1.° Per figli concepiti in matrimonio, l'atto di nascita è in pari tempo l'atto di filiazione. Pertanto, quest'atto prova che il figlio è veramente nato da coloro che vi sono indicati come suoi genitori.

Non occorre neppure che il padre sia egli proprio indicato nell'atto, perchè il figlio gli sia attribuito; basta l'indicazione della madre, poichè, quando costei è conosciuta, e costei d'altra parte (come lo si suppone) ch'ella era maritata all'epoca del concepimento, la legge trae essa stessa da questi due fatti la conseguenza che il figlio appartiene al marito. Del resto, spetta al figlio il quale vuol servirsi di un atto di nascita, di provare la sua identità col figlio che vi è denomina-

to, ossia di stabilire ch'egli è ben quello onde la donna si è sgravata. Dal momento che il figlio ha stabilito questo fatto, ha con ciò provata la sua legittimità (art. 319 [241]).

XVII. — Ma questa prova di legittimità non ha effetto se non fino alla prova contraria, la quale può sempre proporsi dagli avversari del figlio. Laonde, senza parlare del dritto, che evidentemente avrebbero questi avversari, di contrastare il matrimonio (il che imporrebbe al figlio l'obbligo di farne la prova secondo le regole indicate nel *Atasunto del Matrimonio*, n.° XXXV), dritto di cui non dobbiamo occuparci al presente, poichè la legge suppone che il matrimonio è costante; in oltre a questo dritto, questi avversari potrebbero sempre pretendere, malgrado l'atto di nascita, o che il figlio non appartenga alla moglie, ovvero ancora, una volta ammessa la maternità, che non appartenga al marito di tal donna (art. 325 [247]).

La giustificazione della non maternità può farsi sia la mercè del mezzo rigoroso dell'iscrizione in falso, che colla semplice prova testimoniale. L'iscrizione in falso è necessaria, quando gli avversari pretendano che la dichiarazione di maternità, comprovata nell'atto dall'uffiziale civile, non gli è stata però fatta; basta al contrario un mezzo qualunque di prova, e massime la testimoniale, quando gli avversari sostengono soltanto che la dichiarazione veramente fatta all'uffiziale, è stata menzognera dal canto de' dichiaranti. In quanto alla prova della non paternità del marito proposta dopo d'essersi fatta constatare la maternità, essa non è possibile che col non riconoscimento, le cui regole abbiamo testè indicate ne' numeri XII e XIII (ivi).

XVIII. — 2.° Quando il figlio non ha atto di nascita da presentare, sia perchè ignora ove quest'atto si trovi, sia perchè l'atto è stato ridotto inservibile, sia infine perchè non fu affatto redatto; o ancora, quando è presentato l'atto senza che indichi filiazione, allora il figlio può stabilire questa filiazione provando semplicemente di essere in possesso dello stato di figlio legittimo de' due coniugi: ossia che per esser legalmente tenuto per legittimo, gli basta di comprovare un insieme di fatti da' quali risulti di essere egli stato trattato come tale da questi coniugi, e di aver pubblicamente goduto di questo titolo nella famiglia e nella società (art. 320, 321 [242, 243]).

In tal caso ancora, la prova contraria è aperta agli avversari, i quali potrebbero, con tutti i mezzi possibili, non solo stabilire che il preteso possesso di stato non esista veramente, ma sostenere anziandio, una volta che questo possesso è riconosciuto, ch'esso è fraudolento. Pertanto, potrebbero provare,

o che non siensi avuti figli dal matrimonio, o che coloro che ne fossero nati sono tutti morti, o che appunto all'uno di questi figli, tuttora esistente, il pretendente attuale è stato sostituito da coniugi o da altri. Egli è chiaro, del rimanente, che non mai per mezzo di una denegazione di paternità può esser quistione d'impugnare le conseguenze del possesso di stato, poichè questo possesso non stabilendosi se non mercè fatti relativi al marito come alla moglie, costituisce dal canto del primo il riconoscimento più completo della sua paternità (art. 325 [247]).

XIX. — Il possesso di stato non è più una prova sufficiente quando il figlio, in luogo di non aver all'intutto titolo di filiazione, ne ha uno che si trova in disaccordo con questo possesso di stato. L'unica risorsa allora del figlio si trova nel terzo mezzo a cui giungiamo.

XX. — 3° Quando il figlio non può stabilire la sua filiazione nè con titolo nè con possesso di stato, la legge gli permette di farlo con testimoni. Ciò si avvera in quattro casi. Laonde, 1° quando il figlio è senza titolo (ossia se non ha atto di nascita, o se l'atto non indica filiazione) ed anche senza possesso; 2° quando ha un titolo contrario alla sua pretensione, e non ha il possesso; 3° quando non ha titolo ed un possesso contrario alla sua pretensione; 4° infine, quando ha un titolo ed un possesso contrario entrambi alla sua pretensione, e contrari ancora l'uno all'altro; in queste quattro circostanze, il figlio può provare il suo stato mercè testimonianze. A lui in tal caso, appartiene di stabilire direttamente che la donna maritata, ch'egli dice sua madre, ha veramente partorito un figlio, e ch'egli è ben esso. Una volta che la maternità è in tal guisa stabilita con questa prova del parto della donna e dell'identità del figlio, la paternità ne deriva di pieno dritto e senza alcuna prova novella (art. 323 [245]).

XXI. — Ma il figlio non è ammesso a questa prova se non sotto la precedente condizione di avere a suo favore, o un principio di prova scritta, o gravi indizi che diano verisimiglianza alla sua pretensione.

Il principio di prova per iscritto può risultare sia da titoli della famiglia, sia dalle carte domestiche de' pretesi genitori, sia infine da ogni atto emanato da persone che hanno, o che avrebbero se vivessero un interesse contrario a quello del pretendente. E sotto questo vago nome di atti è uopo comprendere anche le semplici lettere (art. 324 [246]).

XXII. — Gli avversari del figlio possono combattere con tutti i mezzi possibili, e senza alcuna condizione precedente, la prova

Marcadé T. I.

da lui data della maternità della donna. Che se questa maternità è comprovata, possono ancora, e nell'istesso modo, combattere la presunzione di paternità che ne deriva. Laonde, essi, in tal caso, non son più sottomessi alle regole rigorose del non riconoscimento, e possono stabilire con tutti i mezzi la non paternità del marito (art. 325 [247]).

XXIII. — Ma ci ha un caso in cui lo stato del figlio non può più essere impugnato, nè da alcun avversario, nè da lui stesso; ed è quando questo stato è stabilito dall'atto di nascita e da un possesso conforme. La riunione del titolo e del possesso rende lo stato invincibile, ed anche quando un avversario del figlio o il figlio stesso offrissero di provare che questo titolo e questo possesso celano la frode e la menzogna, non vi sarebbero ammessi (art. 322 [244]).

N. B. — Noi passeremo immanentemente ai figli *legittimati formalmente*, e non parleremo de' figli legittimi impropriamente detti, o *legittimati tacitamente*, se non nella sezione III; poichè la condizione di costoro tenendo il mezzo tra quelle delle due altre classi, le regole che li concernono saran meglio comprese in ultimo luogo.

SEZIONE II.

Della legittimazione e de' figli legittimati.

XXIV. — La legittimazione è una finzione che fa reputare concepito nel matrimonio de' suoi genitori, e per conseguenza legittimo, il figlio nato prima di questo matrimonio. Essa si opera di pieno dritto, all'insaputa o anche a malgrado sia de' genitori, sia del figlio, per lo effetto del matrimonio valido o putativo di essi genitori, quand'anche l'uno de' due o ciascuno di essi, nell'intervallo dalla nascita a tal matrimonio, avesse contratto matrimonio con un'altra persona. Ma essa non ha luogo se non sotto queste due condizioni: 1° che avanti del matrimonio o al più tardi al momento stesso della celebrazione, il figlio sia riconosciuto legalmente, e mercè l'uno de' due mezzi che saranno indicati alla sezione I del cap. II, per figlio de' due coniugi; 2° che il concepimento di questo figlio non sia stato nè adulterino nè incestuoso, come lo si vedrà alla sezione II dello stesso capitolo (art. 331 [253]).

Dopo la morte di un figlio naturale che ha lasciato de' discendenti legittimi (legittimati *sensu*, beninteso), la sua legittimazione si opera a favore di costoro sotto le stesse condizioni (art. 332 [254]).

XXV. — L'effetto della legittimazione, abbiamo detto, è di far considerare il figlio come concepito nel matrimonio. Non la ce-

lebrazione del matrimonio rimonta fittiziamente al dì del suo concepimento; sibbene il suo concepimento e la sua nascita discendono fittiziamente al dì della celebrazione. Quindi egli non è legalmente legittimo che pel tempo posteriore a questa celebrazione; in guisa che non potrebbe reclamare, a questo titolo, alcun dritto aperto prima di tal momento, e sarebbe legalmente più giovine de' suoi fratelli e delle sue sorelle legittimi nati dal matrimonio intermedio dell'uno dei suoi autori (art. 333 [255]).

XXVI. — In caso di contestazione, il figlio di cui si tratta, per stabilire la sua legittimità, non sarebbe tenuto a provare se non una cosa sola, cioè, che al momento della celebrazione del matrimonio (che si suppone sempre costante) egli era legalmente conosciuto per figlio naturale di ciascuno de' congiugi. Le regole relative a questa prova, ed alla contestazione che potesse farsene, saranno spiegate alla sez. I del cap. II, ove parleremo de' figli naturali.

SEZIONE III.

Della legittimazione tacita e de' figli legittimi impropriamente detti.

XXVII. — Il figlio il cui concepimento ha luogo fuori del matrimonio, ma i cui genitori si maritano durante la gravidanza della madre, si trova per ciò tacitamente legittimato.

Siccome questo figlio diviene per tal guisa legittimo sin dal seno della madre e nasce con questa qualità, non bisogna confonderlo con quello di cui parlavamo alla sezione precedente. Il sistema delle disposizioni che lo concernono abbraccia non pure tutte le regole relative a' figli legittimi propriamente detti, ma eziandio alcune di quelle relative alla legittimazione.

Laonde, nella legittimazione tacita come nella legittimazione formale, 1° l'effetto si produce di pieno dritto; 2° è uopo che il concepimento non sia stato nè adulterino nè incestuoso; 3° il figlio non può mai reclamare, a titolo di legittimo, i dritti aperti prima della celebrazione.

Queste due ultime regole producono delle differenze importanti tra il figlio tacitamente legittimato ed il figlio veramente legittimo. Pertanto, 1° mentre che il figlio adulterino o incestuoso nel fatto sarebbe in dritto pienamente legittimo, se il matrimonio putativo de' genitori avesse preceduto il suo concepimento, questo stesso figlio non sarebbe nè legittimo nè legittimato dal matrimonio putativo o anche valido, che i genitori contraessero prima della sua nascita benchè dopo il

suo concepimento; 2° mentre che il figlio legittimo raccoglie tutti i dritti aperti dopo il suo concepimento, il figlio tacitamente legittimato perde tutti quelli aperti prima del matrimonio, sebbene posteriormente al suo concepimento (art. 331, 314 [253, 236]).

XXVIII. — Ma non è necessario, nella legittimazione tacita, che una cognizione formale della filiazione sia legalmente acquistata al momento della celebrazione del matrimonio; la legge, al tempo della nascita nel matrimonio, ed a canto alla maternità che è certa, trae essa stessa per presunzione, e con effetto retroattivo al dì del matrimonio, la cognizione della paternità del marito. In conseguenza, colui che sposa una donna incinta è, fino alla denegazione di paternità, il padre del fanciullo di cui ella è incinta (art. 314 [236]).

Ma qui il non riconoscimento risulta da una semplice denegazione della paternità del marito. Tuttavia, questo non riconoscimento diviene impossibile in due casi: 1° quando è provato che il marito ha avuto cognizione della gravidanza prima del matrimonio; 2° quando ha accettata la sua paternità formalmente o tacitamente, per esempio, col venire a firmare l'atto di nascita, col nominare un tutore al figlio nella previdenza di una prossima morte, ecc. Beninteso, il non riconoscimento è eziandio impossibile, come nel caso di concepimento in matrimonio, quando il figlio non è nato vitale (ivi).

XXIX. — Salvo la modificazione risultante dall'estrema facilità del non riconoscimento, la filiazione del figlio ond'è qui questione segue, in caso di contestazione, tutte le regole che sono state indicate pel figlio legittimo propriamente detto. Laonde, a mo' d'esempio, essa si prova mercè l'uno de' tre mezzi dell'atto di nascita, del possesso di stato e della prova testimoniale. In breve, da banda le differenze la cui indicazione forma precisamente questa terza sezione, è uopo applicare al figlio tacitamente legittimato quanto si è detto nella sez. I, pel figlio rigorosamente legittimo.

CAPITOLO II.

DE' FIGLI NATURALI.

XXX. — Chiamansi *naturali* i figli che non sono concepiti e cui la finzione di legittimazione non fa reputare concepiti, in un matrimonio valido o putativo. Se ne distinguono due classi: 1° i figli naturali semplici; 2° i figli adulterini o incestuosi. Ciascuna di queste classi segue delle regole differenti, che verremo indicando in due sezioni distinte. Ma ci fa mestieri presentar dapprima un'os-

servazione che si applica a tutti generalmente.

Può accadere di frequente che un figlio naturale sia conosciuto in fatto per appartenere alla tale o tal altra persona, senza che la sua filiazione sia stabilita con un mezzo legale. In questo caso, per quanto certa possa essere la filiazione, la cognizione di lui non esiste in dritto, e non produce quindi alcun effetto giuridico.

Vi ha però un'eccezione a questo principio: ed è in caso di matrimonio. La parentela naturale, anche quando non è conosciuta se non in fatto, è un impedimento dirimente al matrimonio tra ascendenti e discendenti, e tra fratelli e sorelle (art. 161, 162 [153, 160]).

SEZIONE PRIMA

De' figli naturali semplici.

XXXI. — Chiamansi in tal guisa i figli nati da due persone, che, al momento del concepimento, non erano nè maritate, sia tra esse, sia con altre, nè parenti o affini tra loro nel grado proibito pel matrimonio.

La legge permette di stabilire giuridicamente la filiazione di questi figli, e dà due mezzi di farlo: 1° il riconoscimento volontario degli autori; 2° la dichiarazione giudiziaria intervenuta sulla prova fatta in giudizio.

XXXII. — 1° Il riconoscimento volontario può farsi in qualunque circostanza si sia, e tanto da chi non abbia l'esercizio de' suoi dritti, quanto da altri: la sola condizione richiesta si è che sia comprovato in un atto autentico. Pertanto, poco monta da qual ufficiale quest'atto sia redatto, e poco cale altresì che il riconoscimento, in luogo di esser l'oggetto diretto dell'atto, non vi si trovi se non per enunciazione incidente (art. 334 [257]).

Il riconoscimento, essendo la confessione di un fatto personale e dovendo essere all'incanto volontario, non può stipularsi se non dall'autore stesso o dal suo mandatario speciale; in guisa che ciascuno degli autori resta interamente indipendente dalle dichiarazioni che l'altro potrebbe fare. Laonde, l'indicazione che il padre facesse della madre, senza procura di costei, sarebbe insignificante; e l'allegazione, fatta dalla madre, che il tal uomo non è il padre, rimarrebbe del pari senza effetto (art. 336 [259]).

XXXIII. — 2° Il riconoscimento forzoso e la ricerca che ad esso deve menare non sono permessi assolutamente se non per rapporto alla madre; la legge non li autorizza, in quanto al padre, tranne che in un caso eccezionale.

La ricerca giudiziaria della paternità non

è permessa se non contro colui il quale all'epoca, coincidente con quella del concepimento, si è reso colpevole di ratto o di stupro rispetto alla madre della prole. La sua paternità, già probabile per tali circostanze, può stabilirsi con ogni mezzo di prova; il preteso padre, dal canto suo, può combattere quest'allegazione, egualmente mercé tutti i mezzi. Del resto, non già mediante la presunzione legale indicata per la legittimità, sibbene con la testimonianza degli uomini dell'arte, ed a seconda delle circostanze, andrebbe in tal caso determinata l'epoca del concepimento (art. 340 [263]).

In quanto alla ricerca della maternità, è sempre permessa. Per riuscirvi, il figlio deve provare che la donna si è sgravata alla tal epoca di un figlio e che egli è questo figlio. Può fare questa duplice prova mercé tutti i mezzi possibili, e soprattutto con testimoni; ma sotto la condizione precedente di un principio di prova per iscritto (art. 341 [264]).

Uno scritto non potendo costituire un principio di prova se non quando 1° rende l'allegazione verisimile, e quando 2° emana dall'avversario, segue da quest'ultima idea che l'indicazione di maternità fatta nell'atto di nascita sarà un principio di prova per iscritto sol quando fosse deposta da una persona che ha, o che avrebbe, se fosse vivente, un interesse contrario a quello del figlio (ivi).

Del rimanente, se la maternità naturale può sempre ricercarsi dal figlio, non può mai ricercarsi contro di lui (ivi).

XXXIV. — Il riconoscimento volontario di un preteso autore, come pure la reclamazione giudiziaria di un figlio possono impugnarsi da chiunque abbia un interesse sia morale, sia pecuniario a censurarli (art. 339 [262]).

Le persone aventi un interesse morale sono: 1° il figlio stesso che si riconosce, o l'autore contro cui il figlio reclama; 2° il secondo autore di questo stesso figlio; 3° l'autore con la cui qualità il riconoscimento o la reclamazione di cui si tratta si trovassero contraddittorie (ivi).

L'interesse pecuniario, è facile intenderlo, esiste presso tutti coloro a' dritti dei quali nuoce il riconoscimento o la reclamazione (ivi).

XXXV. — Gli effetti del riconoscimento, volontario o forzoso, sono di due specie. Sotto il rapporto morale, il figlio può portare il nome del suo autore e si trova legalmente collocato sotto la sua protezione; in quanto a' beni, acquista il dritto di successibilità. Infine, il figlio diviene suscettivo di legittimazione, e si trova in effetti legittimato, se i suoi due genitori legalmente conosciuti venissero a maritarsi.

Tuttavia, l'uno di questi effetti, il dritto di successibilità può sparire o trovarsi modificato in un caso. In effetti, quando un riconoscimento volontario o forzoso ha luogo per rapporto ad un autore attualmente maritato, a favore di un figlio che ha avuto prima del suo matrimonio da altri che dal suo coniuge, questo riconoscimento non può impedire che i figli legittimi ed il coniuge esercitino, sulla successione di quest'autore, i dritti che avrebbero esercitati, a questo titolo di figli legittimi o di coniuge, se il figlio naturale non fosse stato conosciuto. Il dritto di successibilità di questo figlio naturale sarà dunque nullo, se, alla morte dell'autore, esista un figlio legittimo, o pure se il coniuge superstite abbia dritto alla intera successione, sia per manca di eredi legittimi, sia in virtù del suo contratto di matrimonio; il figlio naturale non potrebbe domandare allora se non una pensione alimentizia. Questo dritto di successibilità potrà essere modificato soltanto, se il coniuge, pel suo contratto di matrimonio, non abbia dritto che ad una parte de' beni. Infine, questo stesso dritto sarà intatto se, alla morte dello autore, non rimangono nè discendente legittimo che accetti la successione, nè coniuge che abbia dritto per legge o in virtù del suo contratto di matrimonio a tutta o parte di essa successione (art. 337 [260]).

In quanto agli altri effetti del riconoscimento, essi sussisteranno sempre in questo caso particolare, come nelle circostanze ordinarie (ivi).

SEZIONE II.

De' figli adulterini o incestuosi.

XXXVI. — Chiamasi *adulterino*, il figlio nato da due persone l'una delle quali o ciascuna di esse era, al momento del concepimento, maritata con una terza, senza essere unite tra di loro da un matrimonio putativo. Il figlio *incestuoso* è quello nato da due individui parenti o affini in grado proibito pel matrimonio, e che non erano nè maritati con dispensa, nè uniti da un matrimonio putativo, al momento del concepimento.

XXXVII. — La legge respinge ogni comprovazione, sia volontaria, sia giudiziaria, della filiazione di questi figli. Laonde, ogni riconoscimento di un padre o di una madre, al pari che ogni reclamazione di paternità o di maternità, intentata nell'interesse del figlio o contro di lui, resta proscritta, quando deve menare ad una filiazione adulterina o incestuosa (art. 335, 342 [258, 205]).

(1) Le nostre leggi civili non avendo ritenuta la tutela officiosa, ne seguì che l'epigrafe di que-

Tuttavia, malgrado questo divieto assoluto della legge, la filiazione adulterina o incestuosa si troverà alle volte legalmente conosciuta per la forza stessa delle cose. Pertanto, 1° quando una denegazione di paternità sarà ammessa contro il figlio concepito nel matrimonio, questo figlio sarà conosciuto per adulterino rispetto alla madre; 2° quando un matrimonio sarà annullato come contratto ad osta di un primo legame e vi sarà mala fede de' due coniugi, i figli concepiti in questo secondo matrimonio saranno conosciuti per adulterini rispetto ad ambo i genitori; 3° se il matrimonio contratto di mala fede viene annullato per causa di parentela o di affinità, i figli che ne sono nati saranno conosciuti rispetto a' due autori per incestuosi (art. 335 [258]).

XXXVIII. — Quando la filiazione adulterina o incestuosa si trova in tal guisa legalmente comprovata, il figlio non può reclamare nulla sulla successione de' suoi autori; egli ha soltanto dritto agli alimenti. Ogni disposizione fatta in di lui favore dall'autore, e che oltrepassasse i limiti di una rendita alimentaria, sarebbe nulla (art. 762 [678]).

TITOLO VIII.

Dell'adozione e della tutela officiosa (1).

(Decretato il 23 marzo 1803.—Promulgato il 2 aprile).

L'adozione è un atto civile che stabilisce dei rapporti di filiazione tra due persone estranee l'una all'altra per ragion naturale. Si comprende quindi facilmente il legame di questo titolo col precedente; dopo aver parlato 1° della filiazione legittima, cioè a dire civile e naturale ad un tempo, e 2° della filiazione naturale soltanto, la legge si occupa qui in terzo luogo della filiazione puramente civile. In quanto alla tutela officiosa, essa altro non è, nel pensiero del Codice, se non un mezzo di menare all'adozione.

Distinguesi l'adozione *tra vivi* e l'adozione *testamentaria*, e la prima si suddivide in *ordinaria* e *remuneratoria*. Le regole fermate dalla legge, sia in quanto al merito, sia in quanto alla forma soltanto, variano per queste tre sorti di adozione.

Il nostro titolo è diviso in due capitoli. Il primo, intitolato *dell'adozione*, tratta in due sezioni, 1° delle condizioni e degli effetti, 2° delle forme dell'adozione fatta tra vivi, sia ordinaria, sia remuneratoria; il secondo, in-

sto titolo VIII fu semplicemente dell'adozione. (Nota del traduttore).

titolo della *Tutela officiosa*, si occupa della tutela officiosa, ed anche della adozione testamentaria.

CAPITOLO PRIMO

DELL' ADOZIONE.

SEZIONE PRIMA

Dell' adozione e de' suoi effetti.

343 [266]. — L'adozione è soltanto permessa alle persone dell'uno, o dell'altro sesso in età maggiore degli anni cinquanta, le quali al tempo dell'adozione non abbiano figli, o discendenti legittimi, ed abbiano almeno quindici anni di più di coloro che si propongono di adottare.

344 [267]. — Nessuno può essere adottato da più persone, fuori che da due coniugi. Toltone il caso dell'articolo 366, niun coniuge può adottare senza il consenso del suo consorte (1).

345 [268-269]. — Non si potrà far uso della facoltà di adottare se non verso quegli, a cui nella sua minore età, almeno pel corso di sei annisi siano somministrati sussidi, e per cui si siano avute non interrotte cure, ovvero verso colui che abbia salvata la vita all'adottante, od in un combattimento, o col liberarlo dall'incendio o dalle acque.

In questo secondo caso basterà che l'adottante sia maggiore, più avanzato in età dell'adottato, senza figli e discendenti legittimi, e se è coniugato, basterà che il consorte acconsenta all'adozione (2).

346 [270]. — L'adozione in nessun caso potrà aver luogo prima dell'età maggiore

dell'adottato. Se questi, avendo ancora la padre e la madre, od uno di essi, non ha compiuti gli anni venticinque, dovrà ottenere il consenso per l'adozione o d'entrambi, o del solo superstite; e se è maggiore degli anni venticinque, dovrà richiedere il loro consiglio (3).

SOMMARIO

- I. Nove condizioni son richieste dal testo del Codice per l'adozione ordinaria.
- II. Tre altre, secondo l'autore, sono richieste da principii generali. Ed in prima, l'adottante e l'adottato debbono essere l'esercizio dei diritti civili.
- III. È superfluo che l'adottante non sia protestante. Controverfia.
- IV. È superfluo che l'adottato non sia il figlio naturale legalmente riconosciuto dell'adottante. Controverfia: i variazioni della Corte di cassazione.
- V. Il figlio legittimo soltanto concepito fornirebbe ostacolo all'adozione.
- VI. Osservazione sull'imputazione del concubato e sulla richiesta del consiglio de' genitori. Relazione con le regole del matrimonio.
- VII. Che cosa sia l'adozione remuneratoria. Essi esige sette condizioni. Duplice errore di Troplong. Risposta al Demolombe.

1. — Questi quattro articoli, completati dalla disposizione finale dell'art. 355 [279], ci presentano le diverse condizioni richieste per ciascuna delle due specie di adozione fatta tra vivi. Queste condizioni sono al numero di nove, per l'adozione ordinaria; e di sette, per l'adozione remuneratoria.

Per l'adozione ordinaria, la legge esige:

1° Che l'adottante abbia cinquant'anni compiuti (art. 343 [266]);
2° Che abbia quindici anni di più dell'adottato (ivi).

3° Che questi non sia già stato, o non sia simultaneamente adottato da altri, all'infuori del coniuge dell'adottante (344 [267]);

4° Che gli si sieno apprestate dall'adottante, per lo spazio di sei anni di minore età, delle cure e de' soccorsi non interrotti (art. 345, com. I [268]);

5° Che il coniuge dell'adottante, se non adotta anch'egli, consenta almeno all'adozione (344 [267]);

» delle altre condizioni richieste ne' due articoli » precedenti.

» ART. 269 — Volendoci adottare colui che abbiamo salvato la vita all'adottante, o in un combattimento, o col liberarlo dall'incendio o dalle acque, basterà ciò che è richiesto nell'articolo precedente, tranne la circostanza che l'adottante debba avere quindici anni di più della persona che si propone di adottare ».

(3) Ecco la lezione del nostro articolo 270. —
» L'adozione potrà aver luogo anche prima dell'età maggiore dell'adottato. Se questi però averà ancora il padre e la madre, o uno di essi, non ha compiuti gli anni venticinque, dovrà richiedere il loro consiglio. In difetto de' genitori si richiederà l'approvazione del consiglio di famiglia, ove colui che volesse adottare, non abbia compiuti gli anni ventuno. (Nota del traduttore.)

(1) Le parole *toltone il caso dell'art. 366 del Codice Napoleonico* non si leggono nel rispondente articolo delle nostre leggi civili, non avendo queste adottata la tutela officiosa che si contiene in detto articolo, il quale fu soppresso nelle nostre leggi una agli altri relativi al medesimo oggetto. (Nota del traduttore.)

(2) Le disposizioni contenute nell'art. 345 del Codice Napoleonico furono dal nostro legislatore dettate negli articoli 268 e 269 delle leggi civili, che furono nel seguente modo redatti: « ART. 268 — Allorché si voglia far uso della facoltà di adottare verso una persona a cui nella sua minore età, almeno pel corso di sei anni, si sieno somministrati sussidi e per cui si sieno avute non interrotte cure, non sarà necessario che l'adottante abbia oltrepassato gli anni cinquant'anni di sua età; rimanendo fermo l'adempimento

6° Che l'adottante non abbia, al momento dell'adozione, alcun discendente legittimo (343 [266]);

7° Che l'adottato sia maggiore (346 [270]); (1).

8° Che, se ha ancora i genitori o uno di essi, ottenga il loro consenso fino a venticinque anni, o richiegga il loro consiglio dopo questa età (ivi);

9.° Infine, che l'adottante goda d'una buona reputazione (355, 2° [279]).

II. — Ma beninteso, queste condizioni non son le sole; ce ne ha di altre richieste dai principii generali, che la natura stessa delle cose indica, e di cui il legislatore, per questa medesima ragione, non ha creduto doverne parlare.

Occorreva egli dire che l'adottante e l'adottato debbano godere de' dritti civili?

L'adozione è un atto civile, conferisce dei dritti civili e all'adottante e all'adottato (articoli 349, 350); bisogna quindi che ambedue abbiano il godimento di tai dritti. Sicchè l'adozione sarebbe nulla, se avesse luogo fra due individui, l'un de' quali fosse o morto civilmente o straniero (2); salvochè, in quest'ultimo caso, lo straniero avesse ottenuto in Francia il godimento dei dritti civili (art. 13) o esistessero fra il suo paese e la Francia de' trattati autorizzanti l'adozione (art. 11). E poichè conferire l'adozione o accettarla si è esercitare un dritto civile; non è dunque necessario soltanto il godimento *latu sensu*, cioè proprio l'esercizio de' dritti civili.

III. — Bisognava ancor dire che un prete cattolico non possa adottare?

L'adozione ha per iscopo di dare agli occhi della legge civile, la qualità di figlio legittimo; or, non pure agli occhi della legge civile che agli occhi della legge canonica, il prete non può attribuirsi figli legittimi, poichè non può maritarsi (V. Appendice dell'art. 164, n.° VI). Senza dubbio, egli potrebbe aver dei figli nati prima della sua ordinazione, ma la generazione di un figlio legittimo gli è impossibile. Or, l'adozione è precisamente la generazione civile, giuridica, di un figlio legittimo. — Se il legislatore avesse inteso che un prete potesse adottare, non avrebbe mancato di far eccezione per lui alla necessità di attendere l'età di cinquanta anni. Questa condizione, infatti, ha avuto per iscopo d'impedire che l'adozione distornasse i cittadini dal matrimonio per la possibilità di attribuirsi de' figli legittimi senza maritarsi. Ma pel prete questa ragione non esisterebbe affatto, poichè il matrimonio non è

mai possibile per lui; se adunque si fosse voluto permettergli di adottare, gli si sarebbe permesso in ogni età.

A dir vero, la nostra opinione ha incontrato fra' giureconsulti un'opposizione quasi generale. Un arresto della Camera de' ricorsi del 26 novembre 1814, giudicando questa quistione per la prima volta, ha positivamente dichiarata permessa l'adozione del prete. Blondeau, Valette, Demante, Pardessus, de Vatimesnil, Dalloz, Loiseau hanno aderito ad una consultazione, deliberata nello stesso senso, dal nostro dotto collega Boujeau; infine, il Pont, nella sua critica tanto giudiziosa della giurisprudenza civile, ed il Demolombe in ultimo luogo (VI-55) hanno sostenuto la stessa dottrina. Sonosi d'altra parte invocati antichi canonisti i quali insegnano che l'adozione da parte del prete non è contraria alle leggi ecclesiastiche; indi una lettera di Monsignor Arcivescovo di Parigi, la quale dichiara che veruna decisione del dritto canonico potrebbe far annullare una tale adozione.

Malgrado queste autorità, la nostra convinzione si ricusa all'abbandono della nostra opinione, energicamente sostenuta, all'epoca dello arresto del 1814, da Cormenin, Odilon-Barrot e Ledru-Rollin.

Per ciò che riguarda il merito della quistione, noi crediamo che devesi rispettar da per tutto lo *spirito* di una regola, al di là della sua lettera; e che una volta ammesso un principio, devesi rigettare, non solo ciò che questo principio respinge col mezzo di deduzioni rigorose, matematiche e formulate con *atque ergo*, ma eziandio ciò che il sentimento intimo ci dinota come ripugnante a tal principio. Or, il prete cattolico non potendo procreare legalmente de' figli legittimi, non è egli ripugnante che possa attribuirsenne con l'adozione?... A noi sembra, come al Cormenin, che la nostra legislazione, nel consacrare l'organizzazione sacerdotale del cattolicesimo, ne consacra per la stessa ragione le conseguenze; che quindi agli occhi della legge civile, come agli occhi della legge ecclesiastica, il prete, che non deve cercare altra sposa all'infuori della Chiesa, non deve attribuirsi altri figli tranne i poveri; che in breve, il prete, come riconosce una giurisprudenza costante, è nell'impossibilità legale di procurarsi de' figli legittimi col matrimonio, è per la stessa ragione nella impossibilità legale di procurarsene mercè l'adozione.

IV. — Occorreva egli dire in fine che un individuo non possa adottare il suo proprio

(1) Vedi la nota (1) pag. 507. (*Nota del tradutt.*)

(2) Merlin (*Quist.*, v.° *Adoz.*, § 2), Duranton

(III-287), Zachariae (IV, p. 6), Demolombe (VI-18).

figlio, quando questo figlio è legalmente conosciuto per tale?

L'adozione essendo un atto che ha per oggetto di dare fittiziamente ad una persona la qualità di figlio, non è egli chiaro che non può aver luogo rispetto a colui che è il figlio reale? non è forse chiaro che non si può far divenire figlio colui che lo è già? e che per conseguenza *l'adottare il proprio figlio*, si è ravvicinare due termini contraddittori, due idee che si respingono vicendevolmente?

Gli autori son però discordantissimi su questo punto (1), e la stessa contrarietà si osserva nella giurisprudenza. La Corte di cassazione, per parlar solo di essa, ha dato su questa questione tanto grave un ben tristo esempio d'instabilità. La Corte, camera civile, dopo di aver dichiarata l'adozione permessa nel 1811, fondandosi su' motivi che presentano tutti i partigiani di questa opinione, l'ha dichiarata proibita nel 1813; indi, con un ultimo arresto del 1816, ritornando puramente e semplicemente alle ragioni che avea sviluppate nel 1811 e confutate nel 1813, l'ha dichiarata di nuovo conforme alla legge (2). Gli è, al certo, ben doloroso il vedere siffatta instabilità di convinzione; e sembra che la camera civile doveva, non fosse che per sè stessa, sostenere la sua dottrina del 1813, per dare almen luogo ad un nuovo ricorso nella stessa causa e far giungere in tal guisa la questione innanzi le camere riunite. Quivi, ciascun magistrato avrebbe potuto cambiar di opinione senza compromettere la dignità della Corte.

Del resto, per quanto scoraggianti possano essere tali fatti, l'amor della verità deve campeggiare sopra ogni altro sentimento, e dobbiam tutti ricercar francamente ed assennatamente la soluzione di questo punto, che sembra sì difficile.

Tutti gli argomenti presentati per instabilire la validità dell'adozione del bastardo da parte dell'autore che l'ha riconosciuto, si riducono a questi:

1° Un'incapacità non può mai pronunziarsi se non risulta da qualche disposizione legale; or, non vi esiste alcuna disposizione la quale proibisca direttamente o indirettamente l'adozione di cui si tratta.... L'incapacità non risulta neppure dalla natura delle cose; e la pretesa impossibilità di dar civilmente la qualità di figlio a colui che l'ha già naturalmente, non esiste punto, poichè, a Roma, il padre

poteva benissimo adottare il suo figlio naturale, o anche il figlio legittimo che avesse emancipato.

2° Non si può opporre l'art. 908 [824], il quale dichiara che il figlio naturale non potrà mai avere i dritti ereditari di un figlio legittimo, laddove l'adozione gli conferirebbe questi dritti; chè precisamente il figlio, col mezzo di quest'adozione, non sarà più un figlio naturale, ma sibbene un figlio civilmente legittimo, vi sarà stato a suo favore un cambiamento di stato che farà sparire l'applicazione, e quindi la pretesa violazione di quest'art. 908 [824].

3° La legalità di quest'adozione risulta da certe circostanze della formazione del Codice, e soprattutto da questo, che essendo stato proposto un articolo che la dichiarava proibita, fu poi respinto come contrario al pensiero del progetto.

4° Infine, il dichiarare impossibile l'adozione del figlio naturale riconosciuto, sarebbe un compromettere gravemente il suo stato; chè spesso l'autore si asterrrebbe dal riconoscimento affin di poter giungere più tardi all'adozione, e potrebbe indi morire prima dell'età richiesta senza che vi sia stata adozione nè riconoscimento. Da un'altra banda, tutte le volte che la legittimazione si trova impossibile, sia per la morte dell'uno degli autori, sia altrimenti, non è egli giusto che il figlio possa altresì veder cancellata la sua qualità di spurio, e giungere a' dritti della legittimità mercè un'adozione? in mancanza della riparazione completa che offre il matrimonio susseguente de' genitori, non è egli bene di ottenere almeno la riparazione incompleta dell'adozione?

Ecco ora i motivi della nostra convinzione:

1° Ci si dice che la legge non proibisce in niun luogo l'adozione del bastardo, e che appunto perciò essa rimane possibile, come lo era a Roma! Ma si dimenticano adunque ad un tempo, e tutti i principii del dritto romano, e le idee più fondamentali del nostro dritto francese, e tutti gl'insegnamenti della ragione!

A Roma, le sole fonti della parentela civile erano il concepimento in queste nozze e l'adozione; ed in quanto al fatto della generazione, non significava nulla, anche quando si trovasse legalmente comprovato. Laondo, i miei figli, semplicemente naturali, anche quelli rispetto a' quali la mia paternità era

(1) Aff. Maleville (I, p. 346), Chabot (art. 756, n.° 31), Merlin (Rep., v.° Adoz.), Toullier (II-988), Delvincourt, Loiseau (Fig. nat. append., p. 10), Magnin (Minor., I-262), Pent (Riv. di leg. laz., t. I, del 1846, p. 475), Molinier (Riv. di dr. franc., 1844, p. 471), Benesch (in un'opera interamente consacrata a questo subbietto),

Demolombe (VI, 50-52); Grenier, (n.° 35), Duranton (III-293), Proudhon e Valette (II, p. 217-220), Zachariae (IV, p. 7), Dalleg (v.° Adoz.), Duvergier (sopra Toullier, ivi).

(2) 28 apr. 1811; 46 marzo 1813; 4.° apr. 1816; Dev., 41, I, 273; 43, I, 97; 46, I, 273.

certa, per averli avuti nella unione lecita conosciuta sotto il nome di *concubinatus*, non erano nella mia famiglia; or, se non erano nella mia famiglia, non vi era dunque impossibilità a farveli entrare mercè l'adozione. Parimenti, la parentela civile rompendosi a Roma con l'emancipazione, e mio figlio emancipato non essendo più legalmente mio figlio, ma un estraneo, non vi era dunque impossibilità a farlo divenire mio figlio ed a rendergli con un'adozione la qualità che un'emancipazione gli aveva tolta. Dove troverete voi qualcosa di simile nel nostro dritto francese? Il figlio naturale da voi riconosciuto regolarmente non è egli forse vostro figlio agli occhi della legge? Senza dubbio, finchè non è intervenuto un atto autentico e regolare di riconoscimento volontario ovvero una sentenza che proclami la sua filiazione, questo figlio vi è legalmente estraneo, e la sua adozione per parte vostra è quindi possibile come sarebbe stata a Roma; ma dal momento che la sua filiazione e la vostra paternità son legalmente stabilite, non è egli vostro figlio agli occhi della legge? il figlio legittimo che voi emancipate non resta egli malgrado questa emancipazione, che fra noi non è più ciò che era a Roma, vostro figlio sotto il rapporto giuridico come sotto ogni altro rapporto? Come dunque parlate voi di adottar l'uno o l'altro?

Il dritto romano essendo stato costituito *contra rerum naturam* (a tal segno che non ammetteva parentela tra una madre o suo figlio, neppure in matrimonio legittimo), l'adozione del figlio naturale da parte del suo autore vi trovava pur luogo; ma il nostro dritto francese consacra i principii della natura, ed essendo l'adozione di un figlio dal lato del suo autore impossibile *ipsa rerum natura*, il Codice adunque non ha punto avuto uopo di pronunziarne la proscrizione perchè restasse vietata... Che valgono quindi e l'analogia che trae si vuole dal dritto romano e il principio che quanto la legge non vieta è permesso? Indubitatamente la cosa non vietata dal dritto positivo riman possibile, se era già tale *natura rerum*; ma, quando razionalmente e naturalmente è impossibile, come mai si vuole che rimanga possibile pel silenzio della legge? Egli è palpabile, per l'opposto, richiedersi allora una volontà speciale e *ad hoc* del legislatore per renderla possibile. Ma onde non a noi spetta trovar de' testi o degli iudizi che respingano questa adozione; spetta invece a' nostri avversari indicarne di tali che manifestino all'intutto specialmente la volontà positiva del legislatore a tal riguardo.

Questa volontà vedremo più lungi che era quella d'un primitivo progetto concepito con

un disegno ben altro da quello che è divenuto il nostro titolo; ma precisamente quel primo progetto venne respinto a causa degli effetti antinaturali che vi si davano all'adozione, e il progetto posteriore non fu accolto che per essere spoglio de' medesimi effetti. E non si è forse ciò fatto con ragione? Quel che si appella adozione d'uno spurio non è altrimenti un'adozione; non è già un atto che faccia divenir figlio civilmente il preteso adottato; è sibbene un atto che fa divenir civilmente legittimo un figlio che era spurio. Ora far divenire legittimo uno spurio non è mica adottare, è legittimare. Per la qual cosa accogliere il progetto che ammetteva la pretesa adozione degli spuri sarebbe stato ammettere sotto una redazione mendace un secondo modo di legittimazione; sarebbe stato un demolir la regola che si era fermata nel titolo precedente e giusta la quale non può lo spurio venir legittimato che col matrimonio de' suoi genitori. Non hanno forse avuto ragione i nostri legislatori di respellar l'opera propria o mantener la regola cotanto morale, la quale non iscancellava la qualità di bastardo se non a condizione dell'omaggio reso alla santità del legame coniugale, offesa dalla nascita del figlio?

2° Abbiam veduto essere impossibile nello stesso grado adottare un figlio naturale riconosciuto ed adottare un figlio legittimo emancipato; che l'atto d'adozione sarebbe in amendue i casi insignificante alla stessa guisa e per la stessa causa. Intanto, in quel medesimo che si riconosce impossibile l'adozione dell'emancipato, si vuol permissa l'adozione dello spurio: ora, notevole cosa, la circostanza che fa reclamare quest'ultima è appunto un secondo motivo per rigettarla.

Se di fatti l'adozione dello spurio ha incontrato tanti fautori, quando niuno ha pensato a domandar quella dell'emancipato, egli è perchè l'una avrebbe un'utilità pecuniaria che l'altra non ha punto, offrendo al figlio il dritto ereditario di cui è privo: or questo è per l'appunto un secondo fine a non ammettere quest'adozione. Si avverta bene, l'adozione dello spurio riconosciuto aver non può per iscopo nel concetto di quelli che la domandano di stabilir fra le due persone il rapporto legale di padre a figlio; chè questo rapporto esiste pure. Non ha per iscopo di dare al figlio il nome del padre, daccè egli lo ha. Non ha per iscopo di stabilir fra essi un dritto reciproco agli alimenti, il quale già esiste. Non ha in mira verun fine morale, e suo fine unico è di assicurare al figlio la fortuna, l'eredità del padre. Or una delle regole fondamentali del nostro Codice, una delle regole del nostro dritto più benemerite della civiltà è quella degli articoli

757 e 908 [674 e 824], che consiste nel separare profondamente i figli spurii da legittimi, ricusando a' primi e il titolo di erede e la fortuna intera a qualunque titolo siasi. Onde la pretesa adozione dello spurio altro non sarebbe che un pretesto per farsi beffe della legge, una scappatoia per eludere una delle sue gravi prescrizioni!

Nè si dica con una di quelle sottigliezze poco degne d'una tal questione, che la legge non sarà violata, posciachè al solo figlio naturale ricusa la legge l'eredità, laddove qui non dal figlio naturale, ma sì dal figlio adottivo sarebbe ottenuta l'eredità. Questo è per primo un circolo vizioso; chè la risposta suppone l'adozione legalmente compiuta, e il nostro argomento consiste in dire che la disposizione degli art. 757 e 908 [674 e 824] basta per provare che il legislatore non havoluto ammettere questa adozione. Ma andiam più oltre; supponiamo per un tratto questa adozione legalmente fatta; per ricercar gli effetti che potrebbe avere, e vediamo se i nostri avversari non incontreranno ancora in questa nuova mira l'impossibilità legale che da ogni banda gl'involge.

Ci si dice che, per effetto dell'adozione vi è stato cambiamento di stato e trasformazione del figlio naturale in figlio adottivo. Ebbene! è questo un nuovo errore: niun cambiamento vi è stato e lo spurio è tuttavia spurio. Nel primo progetto del nostro titolo questo cambiamento di stato v'era pure; secondo il testo formale di quel progetto, l'adozione avea per effetto di far uscire l'adottato dalla sua famiglia naturale, e quindi doveva egli prendere il nome dell'adottante in luogo del suo (art. 31-32; Fenet, t. X, p. 284); per contrario, nel secondo progetto, nel Codice, l'adottato rimane nella sua famiglia, rimane sempre quel che era, ed in conseguenza conserva il suo nome aggiungendovi soltanto quello dell'adottante (art. 347-348 [271-272]).

Laonde il mutamento di stato che produce la legittimazione e che doveva produrre altresì l'adozione del progetto rigettato, non viene affatto prodotto dall'adozione del Codice.

Se lo spurio potesse essere adottato, ciò sarebbe solo rimanendo sempre spurio e senza poter quindi ottenere maggiori beni di quelli che gli dà l'art. 757 [674]; in guisa che noi perveniamo qui (e ciò dovea essere) a trovar l'adozione legalmente inutile per lui, come è legalmente impossibile per l'emancipato.

3° Come ultima risorsa, i partigiani dell'adozione del figlio spurio riconosciuto hanno invocato i lavori preparatori del Codice.

In effetti, un articolo, il quale dichiarava

Marcadé T. I.

che « colui che ha riconosciuto un figlio naturale non può adottarlo nè confidargli altri dritti all'infuori di quelli che risultano dal riconoscimento » era stato respinto il 16 febbrajo ed il 4 nevoso anno X, sul motivo che una tale disposizione era troppo severa, e che « il mezzo ingegnoso di far succedere i » figli naturali come figli adottivi e non come » spuri conciliava la giustizia con l'interesse » de' costumi » (Fenet, t. X, p. 281, 319 e 339); di tal che se il progetto il quale allora discutevasi fosse stato adottato, la dottrina che ora combattiamo sarebbe di una verità incontrastabile.

Ma questo progetto dell'anno X, che avea fatto sorgere sin nel seno del Consiglio la più viva opposizione, fu definitivamente abbandonato; e sol dopo una interruzione di più di undici mesi (dal 12 nevoso anno X al 27 brumaio anno XI) la discussione fu ripresa (Fenet, p. 358).

Il progetto avea trovato tanti avversari, che si rimise quindi in questione il principio stesso dell'adozione, e la sezione di legislazione, senza attendere i particolari, concluse unanimemente pel rigetto, proponendo una legge speciale e transitoria sulle adozioni anteriormente compiute (ivi, p. 362). Il governo consolare (il cui capo, come si sa, era fortemente interessato a far consacrare il principio dell'adozione, come lo era stato nel far consacrare il principio del divorzio), si affrettò, per far passare il principio, a rinunciare alle idee secondarie che avevano eccitato maggiore opposizione, soprattutto all'adozione dello spurio riconosciuto. Pertanto, sin dal principio, il Treillard spiega che l'inconveniente di covrire i vantaggi che altri volesse fare a' propri figli naturali di non esistere più: « infatti, dic'egli, se i figli sono » riconosciuti, non possono essere adottati; se » noi sono, la loro origine è incerta » (ivi, p. 372). Il primo Console soggiunge parimenti che l'effetto dell'adozione sarà « di dare dei figli a colui che ne è privo » (p. 373).

« I cittadini che non hanno figli, dice l'esposizione de' motivi, nè la speranza di averne, » si sceglieranno un appoggio.... l'adozione » sarà una quasi paternità fondata sul beneficio.... La condizione di somministrazioni » alimentizie precedenti è sembrata essenziale nel principio del contratto.... (p. 423, » 428, 429, 434).

Nel rapporto al Tribunale, si legge: « Esser l'adozione quella che, in mancanza del » legame che la natura ha trascurato di formare o ha lasciato rompere, si fa a crearne uno per unire due esseri fino allora estranei l'uno all'altro, dando alla beneficenza tutta l'estensione dell'amor paterno » (p. 437).

Il tribunale Gary, nel suo rapporto al Tribunale, ci dice alla sua volta: « colui che domanda alla legge di conferirgli il titolo di padre deve averne i sentimenti, e la prova di questi sentimenti non può risultare se non dagli alimenti accordati durante sei anni... L'adozione è un bene per colui che adotta; essa gli dà la qualità di padre che la natura gli aveva ricusata... L'adozione è l'immagine della natura; ma come questa immagine è debole! quanta differenza vi ha tra il figlio del sangue ed il figlio di propria scelta » (p. 466-477)!

Come mai potrebbero rimanere de' dubbi sull'illegalità dell'adozione del figlio naturale legalmente riconosciuto?

4° Per quanto si attiene alle considerazioni che fannosi valere in favore di quest'adozione, sarebbe facile il rispondervi; come pure il mostrare quanto essa sarebbe poco morale, chechè sen dica, e qual lesione arreca essa alla dignità del matrimonio. Ci basterebbe per prova la cura che hanno presa tutte le nuove legislazioni di proscriverla formalmente (V. Codice prussiano, sardo e bavarese, nella *Concordanza di Saint-Joseph*), ed anche i risultati a cui essa mena. Questa dottrina, infatti, andrebbe fino a permettere l'attribuzione de' dritti di legittimità, mercè l'adozione, a' figli incestuosi ed adulterini che si trovano riconosciuti per tali, essi che non possono essere nè legittimati, nè volontariamente riconosciuti.... Si è tentato di negare questa conseguenza; ma è però inevitabile, ed il Zachariae il confessa altamente!

Na noi non siam neppur tenuti ad occuparci di questo quarto punto, chè, come di sovente abbiain già detto, non si tratta di sapere ciò che la legge avrebbe dovuto volere, ma ciò che ha voluto; or ciò che ha voluto non è da porsi in dubbio a fronte di questa dichiarazione sì nettamente fatta al consiglio di Stato: « SE I FIGLI NATURALI SONO RICONOSCIUTI, NON POSSONO ESSERE ADOTTATI. »

V. — L'una delle condizioni richieste per l'adozione, si è che l'adottante non abbia alcun discendente legittimo al momento in cui ha luogo l'adozione. Si tratta di un figlio legittimo; la presenza di un figlio naturale riconosciuto, ma non legittimato, non basterebbe; e quand'anche venisse ad esser legittimato poco tempo dopo la realizzazione dell'adozione, siccome la legittimazione non ha effetto retroattivo (art. 331 [253], n° III), l'adozione non lascerebbe di esser valida. In quanto al figlio adottivo, la sua presenza non impedirebbe l'adozione di un altro; lo articolo 348 [272] lo prova, poichè parla di più figli adottivi dello stesso individuo (com. 3).

Del resto, basterebbe per impedire l'effetti

to dell'adozione, che il figlio legittimo fosse concepito quando ha luogo quest'adozione, poichè per principio il figlio concepito ha, per favore, gli stessi dritti del figlio già nato: *Infans conceptus pro nato habetur*, *quoties de commodis ejus agitur*. Perciò, quando un figlio legittimo nascerà all'adottante fra' mesi che seguiranno l'adozione, e quando si sarà provato che questo figlio era concepito sin dal tempo dell'adozione, quest'adozione che credeasi valida si troverà aver avuto luogo fuori le condizioni legali e rimarrà come non avvenuta; salvo, beninteso, che il figlio nasca vitale.

Ma come si saprà, dopo la nascita di questo figlio, s'egli era o no concepito all'epoca dell'adozione? Occorrerà applicar qui la regola dell'art. 312 [231], e dire che il concepimento anteriore all'adozione sarà provato sol perchè la nascita avrà luogo fra i dieci mesi che seguono l'adozione?... No, la regola dell'art. 312 non è un principio generale; la si è una disposizione di eccezione e di favore; la legge non ha detto in questo articolo che il figlio avrebbe sempre e dappertutto la facoltà di stabilire il suo concepimento in quel momento che volesse scegliere de' dieci, nove, otto e sette mesi prima della sua nascita; essa ha detto che lo potrebbe quando gli si disputasse la sua legittimità. Or, come le finzioni legali non hanno effetto se non nelle circostanze per cui sono create, quella di cui si tratta non si applicherà adunque se non quando la legittimità del figlio sarà in questione; in ogni altro caso si deciderà dalle circostanze di fatto, da' ragguagli delle persone dell'arte. Ma beninteso, la legge, dichiarando che in niuna circostanza possibile possa esservi gestazione durante più di dieci mesi o meno di sei, ne segna che quando la nascita avrà luogo dopo dieci mesi dall'adozione, quest'adozione rimarrà sempre valida, ed al contrario, sarà sempre nulla, quando la nascita avrà luogo ne' sei mesi che la seguiranno (Conf. Demolombe, VI-17).

VI. — La legge esige che l'adottato, di qualunque sesso si sia, quando non ha venticinque anni compiuti, ottenga il consenso de' suoi genitori, o del superstiti, se l'uno di essi è trapassato. Questa regola differisce, come si vede, da quella fermata pel caso di matrimonio; poichè da ventun anno in poi la figlia è dispensata dall'ottenere il consenso. Ma, evidentemente, la non è una ragione per respingere qui le disposizioni di applicazione indicate al titolo del Matrimonio. Ma onde, se vi fosse dissenso tra il padre e la madre, il consenso del padre basterebbe, secondo noi. Così pure, se in luogo di esser morto, l'uno dei due autori fosse, per una causa qualunque, nella impossibilità di manifestare la sua

volontà, il consenso del secondo sarebbe bastevole. E poichè la legge non domanda se non il consenso de' genitori, senza esigere, come in caso di matrimonio, quello degli altri ascendenti in mancanza de' primi, ne segue che se entrambi fossero morti o soltanto nell'impossibilità di manifestare la loro volontà, il figlio maggiore potrebbe essere adottato senza il consenso di alcuno; ed ecco una seconda differenza tra l'adozione ed il matrimonio.

Dopo venticinque anni, qualunque sia l'età, il figlio deve richiedere il consiglio dei suoi genitori, o di quello de' due che sopravvivesse o si trovasse egli solo in istato di manifestare la sua volontà. Qui ancora, è uopo decidere, per analogia alle regole del matrimonio, che la domanda dovrà farsi mercè un atto rispettoso, notificato da due notai o da un notaio e due testimoni, e che l'adozione non sarà possibile se non un mese dopo la notificazione (art. 153, 154 [168]); ma mentre che pel matrimonio, un atto unico non basterà pe' figli maschi se non dopo l'età di trent'anni, qui, dall'età di venticinque anni in poi, quest'atto basterà pe' maschi come per le femmine, il che costituisce una terza ed ultima differenza (1).

VII. — In quanto all'adozione remuneratoria, la è esente da alcune delle condizioni richieste per l'adozione ordinaria.

L'adozione remuneratoria è quella con cui l'adottante vuol ricompensare i servizi resi dal l'adottato. Ma non basta ogni specie di servizi onde l'adozione sia permessa a questo titolo; è uopo che l'adottato abbia salvata la vita all'adottante, e di più che lo abbia fatto in circostanze che concorrono ad accrescere altresì il merito del servizio reso. Quest'ultima idea non può esser dubbia in presenza dell'art. 345 [268-269], il quale, in luogo di esigere soltanto che l'adottato abbia salvata la vita all'adottante, che sarebbe stato ben semplice a dire, domanda che lo abbia fatto in un combattimento, o sottraendolo dalle fiamme o da' furti. Ma d'altra banda, la ragione si ricusa ad ammettere, come fa Toullier (II-989), che queste tre circostanze sieno le sole che permettano l'adozione remuneratoria. Quando un giovine per salvar la mia vita si è esposto al pugnale degli assassini, non è la sua azione meritevole al pari che se lo avesse fatto in un combattimento propriamente detto? Se egli col precipitarsi nel mezzo alle ruine di edifici che i venti, un vizio di costruzione, o tutt'altra causa, fan crollare, mi sottrae da una morte certa, il suo attaccamento

non è forse grande come quello di un marangone che si tuffa nell'acqua per impedire che io mi v'anneghi? L'art. 345 [268-269] non è dunque limitativo; esso presenta soltanto tre esempi, tre casi di applicazione, di una regola generale, dalla quale è ben facile dedurne il caso in cui l'adottato mi ha salvata la vita esponendo la sua.

L'adozione remuneratoria è esente, per l'art. 345 [268, 269], dalle quattro prime condizioni che abbiamo indicate nel n.° I. Laonde, non è necessario: 1° che l'adottante abbia cinquant'anni; 2° che abbia quindici anni di più dell'adottato; 3° che gli abbia apprestato sei anni di cure nella minorità; 4° infine che l'adottato non sia già, o in pari tempo, adottato da altri. Le cinque altre condizioni restano pure, e come è uopo di più 6° che l'adottato abbia salvata la vita dello adottante esponendo la sua, e 7° che l'adottante sia più provetto in età dell'adottato, abbiamo in tutto sette condizioni necessarie per l'adozione remuneratoria, a cui si applicano, è agevole il vederlo, le spiegazioni da noi date ne' numeri II, III e IV.

Fra le condizioni richieste per l'adozione ordinaria, e di cui la remuneratoria è esente, collochiamo la regola che proibisce l'adozione di un solo fatto da più persone. Tuttavia Toullier (II-990), e dopo di lui qualche altro giureconsulto, soprattutto Valcité (II, p. 198) e Demolombe (II-70), insegnano che la condizione dell'adozione fatta da un solo è egualmente richiesta. Toullier non ne dà alcuna ragione; altri dicono che è perchè l'adozione deve imitar la natura, e che sarebbe assurdo di dare allo stesso figlio più padri o più madri. Ma sarebbe egli meno assurdo di avere un padre che non fosse più provetto in età del figlio se non di otto o quindici giorni? La legge, però, permette l'adozione remuneratoria posto che l'adottante è più provetto dell'adottato, e lo dispensa allora dallo avere quindici anni più di lui! Ed ora, come dubitare che l'art. 345 [268-269] abbia inteso dispensare da questa condizione come dalle tre altre; come dubitare che applichi la sua dispensa all'insieme de' due articoli precedenti, quando si dà la cura di riprodurre quelle fra le condizioni già indicate ch'esso intende conservare, cioè l'assenza di disendenti legittimi, indi il consenso del coniuge?... Il 1° comma dell'art. 345 dispensa da sei anni di cure; or, se dopo questa prima dispensa, il 2° comma non avesse voluto rimettere, se non le due condizioni dell'età di cinquant'anni e della differenza di quindici anni fra le parti, avrebbe detto soltanto: basterà che l'adottante sia maggiore e più provetto in età dell'adottato; ma, poichè si ripetono due altre

(1) Vedi la nota (2) pag. 278 ove si scorge la differenza della nostra dalla francese legislazione su questo punto. (Nota del traduttore.)

condizioni, richieste, l'una dall'art. 343 [267], l'altra dall'art. 344 [266], gli è che la parola *basterà* è scritta con un significato assoluto, e che questo 2° comma presenta la totalità delle condizioni necessarie, salvo quelle che potranno richiedere degli articoli posteriori.

Demolombe ci dice che la parola *basterà* non ha se non un significato relativo all'adottante, e che la prova sta nelle parole che seguono « BASTERÀ CHE L'ADOTTANTE SIA... » Ma, oltre che questo argomento riposa su di una base falsa, poichè procede come se la legge dicesse « BASTERÀ », PER L'ADOTTANTE, CHE SIA... » quando essa dice al contrario « *basterà* (per l'adozione, apparentemente) CHE L'ADOTTANTE, SIA... » il Demolombe avrebbe d'altra parte dovuto osservare che, lungi dal prendere il significato assoluto della parola « *basterà* » per principio del nostro ragionamento, come l'onorevole professore ci rimprovera di fare, noi, per contrario, lo presentiamo come la conseguenza di questo ragionamento, il cui principio sta in questo fatto che il nostro comma si riferisce tanto allo art. 344 (esigendo l'assenso del coniuge) quanto allo art. 343, e che quindi intende ben indicare tutte le condizioni necessarie. Che importa dopo ciò che le condizioni in parola si trovino esser tutte relative all'adottante? Tutto che ne segue, si è che veruna condizione (tranne quelle degli articoli susseguenti) è qui richiesta intorno all'adottato.... Questa idea del legislatore si trova indicata non solo dalla relazione che il nostro testo presenta con l'articolo 343, ma risulta chiaramente ancora dai lavori preparatorii. « Un cittadino », dice l'esposizione dei motivi al Corpo legislativo, salva la vita ad un altro... Chi non applaudirebbe alla facoltà che avrà l'uomo salvato di saldare il suo debito?... Qui si ostacola dal sentimento, ed il primo moto porta a rigettare ogni impedimento, ogni condizione, in un caso sì favorevole... » Tuttavia, aggiunge l'oratore, se cita delle condizioni che possono esser dispensate, ce ne ha delle altre che non si possono distruggere: ed indica quelle del nostro articolo (Fenet, X, p. 430). Laonde, nel pensiero intimo della legge, il caso è talmente favorevole che dovrebbe per principio portare dispensa assoluta di ogni condizione, quale che fosse, e per una specie di eccezione a questo principio di libertà illi-

mitata mantengonsi tuttavia alcune delle condizioni ordinarie. Non ci dà ciò il vero significato della parola *basterà*? e poichè le condizioni che rimangono necessarie non sono imposte se non da un'eccezione arretrata al principio di libertà che intendessi ampliare il più che possibile, non dobbiam noi fermarci a quelle che sono testualmente indicate dal nostro articolo?

Adunque, le condizioni richieste dall'adozione remuneratoria si trovano la prima nel 1° comma dell'art. 345 [268], tre nel 2° comma [269], due nell'art. 346 [270], e l'ultima nel 3° comma dell'art. 355. In quanto agli art. 343 e 344 [266 e 267], essi non si applicano se non all'adozione ordinaria (1).

347 [271]. — L'adozione conferisce il cognome dell'adottante all'adottato, che lo aggiunge al proprio.

348 [272]. — L'adottato rimarrà nella sua famiglia naturale, e vi conserverà tutti i suoi diritti: tuttavia il matrimonio è proibito (2).

Tra l'adottante, l'adottato ed i suoi discendenti;

Tra i figli adottivi di una stessa persona; tra l'adottato ed i figli che potrebbero provenire all'adottante;

Tra l'adottato ed il consorte dell'adottante, e reciprocamente tra l'adottante ed il consorte dell'adottato.

349 [273]. — L'obbligazione naturale, che continuerà a sussistere tra l'adottato ed i suoi genitori, di somministrarsi gli alimenti ne' casi determinati dalle leggi, sarà considerata comune all'adottante ed all'adottato, l'uno verso l'altro.

SOMMARIO.

1. L'adozione produce cinque effetti. — Spiegazione de' due primi.
2. Spiegazione del terzo. I due altri sono indicati dagli articoli seguenti.

I. — Questi tre articoli, al pari de' tre seguenti, c'indicano gli effetti dell'adozione, i quali sono al numero di cinque:

« *gli a naturale e vi conserverà tutti i suoi diritti* » — Le altre disposizioni contenute nel rispondente articolo 348 del Codice Napoleone si leggono così modificate nel comma 1.° dell'art. 460 delle nostre leggi civili — « *Tra l'adottato e i figli dell'adottante (il matrimonio è proibito), ancorchè adottivi* ».

(1) Diciamo che il comma 2 dell'art. 345 [269] non esige se non tre condizioni, e noi per l'adozione remuneratoria ne abbiamo numerate sette. Gli è che la parola *maggiore* ha, una alle altre più propria dell'adottato, un doppio senso, poichè questo adottato dev'esser maggiore egli stesso.

(2) Il nostro articolo 272 sta scritto nel seguente modo — « *L'adottato rimarrà nella sua fami-*

1° L'adozione conferisce all'adottato il nome di famiglia dell'adottante; ma siccome, entrando civilmente in una nuova famiglia, rimane sempre nella sua famiglia naturale, così non perde il suo antico nome; egli lo serba aggiungendovi il nome del padre putativo.

Se l'adozione fosse fatta da una donna maritata, l'adottato dovrebbe prendere il nome di lei e non quello del marito; chè egli diviene il figlio di questa donna e non già il figlio del marito.

2° L'adozione, come avevamo già detto al titolo V (p. 412), crea un impedimento al matrimonio: 1° tra l'adottante e l'adottato, il suo coniuge o i suoi discendenti; 2° tra l'adottato ed il coniuge o i discendenti, anche adottivi, dell'adottante.

Laonde il matrimonio resta permesso tra l'adottante ed un figlio adottivo dell'adottato, tra due coniugi dell'adottante e dell'adottato, tra il coniuge dell'adottante e qualunque figlio dell'adottato, e reciprocamente; infine, tra un figlio dell'adottante ed un figlio dell'adottato. Per altro quest'impedimento non essendo collocato dal cap. IV del titolo del Matrimonio fra le cause di nullità, non forma se non un impedimento proibitivo, e se, malgrado la proibizione, il matrimonio si trovasse celebrato, rimarrebbe inopugnabile.

Del rimanente, dal proibir che fa la legge il matrimonio tra due figli adottivi di una stessa persona, non bisognerebbe concludere per una pretesa analogia che non si potessero adottare due coniugi, come dicono Grenier (n° 36) e Duranton (III-291). Il testo della legge non autorizza questa proibizione, ed il suo spirito neanche la domanda. L'intimità che deve stabilirsi tra figli adottivi di una stessa persona avrebbe dato a temere tristi disordini, se non fosse stata loro tolta ogni idea di matrimonio tra essi (spiegazione dell'art. 162); questi timori non sono più possibili quando si tratta di due persone già maritate al momento dell'adozione (1).

Osserviamo che, malgrado la parentela fittizia che si stabilisce tra l'adottante e l'adottato, l'adottato rimane nella sua famiglia, e quindi pel suo matrimonio egli dipenderà da' suoi ascendenti naturali, e non dal padre adottivo.

II. — 3° Il debito alimentizio, che abbiamo veduto esistere tra gli ascendenti ed i loro discendenti, esiste ancora, per l'effetto dell'adozione, tra l'adottante e l'adottato, senza cessare, beninteso, tra l'adottato ed i suoi genitori naturali (ed anche, evidentemente, tra i suoi altri ascendenti ed i suoi affini; se il Codice ha citato qui i soli genitori, si com-

prende del resto che lo ha fatto per stabilire il confronto tra costoro ed i genitori adottivi, soli ascendenti possibili per adozione). E uopo adunque applicar qui le regole che abbiamo spiegate nella seconda parte del capitolo V del Matr. sulla proporzione in cui gli alimenti sono dovuti (art. 208, 209), e sul modo secondo cui debbono esser forniti, (art. 210, 211). — In quanto alla prima parte di questo stesso capitolo V, rimane qui senza applicazione. Infatti, gli art. 207 [196], 206 e 205 [195] stabiliscono il principio del debito alimentizio tra i parenti legittimi e gli affini, il che non ha più relazione colla nostra materia, e gli art. 204 e 203 [194 e 193] non si occupano più del debito alimentizio. L'ultimo, come abbiamo già detto, e come Real spiegò al Consiglio di Stato, a nome della Sezione di legislazione, non parla se non del dovere di educazione, or, questo dovere cessando quando il figlio è allevato, ed il figlio adottivo essendo sempre maggiore, è chiaro che non può esser questione di questo dovere di educazione ne' casi di adozione. A torto adunque il Demante (t. I, p. 338) indica questo art. 203 [193] come applicabile alla nostra materia (V. sopra, art. 203, n° II, ed art. 207, n° I).

Ma in qual ordine i genitori e i figli adottivi avranno essi il debito agli alimenti, quando si trovano in presenza di parenti legittimi o di affini che pur li debbono?

Pel figlio, come egli ha rispetto al genitore adottivo, lo stesso dritto di successione del figlio legittimo, la sua obbligazione sarà adunque all'intutto la stessa, di tal che, se l'individuo che si trova in bisogno avesse due figli, l'uno adottivo, l'altro legittimo, essi gli dovrebbero entrambi gli alimenti simultaneamente. In quanto al padre all'incontro (e lo stesso è a dirsi della madre), siccome non ha alcun dritto di successione su' beni del suo adottato, i principii richieggono che gli alimenti sieno a lui dovuti sol quando non esistesse alcun discendente o ascendente legittimo dello adottato in istato di apprestargliene. Ma questo padre adottivo sarebbe tenuto del debito a preferenza di qualsiasi affine; chè, se non ha più degli affini il dritto di successibilità, ha almeno, civilmente, il titolo di padre, e ciò basta perchè la sua obbligazione sia più stretta.

Infine, l'adozione produce 4° per l'adottato, un dritto alla successione dell'adottante, dritto che spiega lo art. 350 a cui giungiamo; indi 5° a favore dell'adottante e dei suoi discendenti, su' beni provenienti da questo adottante all'adottato, un dritto di successione che regolano gli art. 351 e 352 [275 e 276].

(1) Zachariae (IV, p. 7), Riffè (Adoz., p. 37), Toullier, (I, p. 448), Demolombe (VI-56).

330 [274]. — L'adottato non acquisterà verun diritto di successione su i beni dei parenti dell'adottante, ma sulla successione dell'adottante avrà gli stessi diritti, che vi avrebbe il figlio nato da matrimonio, anche quando vi fossero altri figli legittimi, e naturali nati dopo l'adozione.

I. Questo effetto dell'adozione; diritto di successione per l'adottato, Questo diritto non esenta rispetto a' genitori dell'adottante.

II. In quanto all'adottante, l'adottato ha i diritti di un figlio legittimo, e può, come lui, far ridurre le donazioni che oltrepassano la quota disponibile. *Strenni avverti di Toullier, Grenier e Delvincourt.*

III. L'adozione non produce l'effetto indicato dall'art. 300 [270].

IV. L'adottato può esser rappresentato da suoi discendenti legittimi, ma non da suoi figli adottivi e naturali. — Questo stesso figli legittimi possono anche succedere in nome proprio all'adottante.

I. — Questo articolo c'indica il più importante de' cinque effetti dell'adozione, ossia il diritto, per l'adottato, di succedere allo adottante come se fosse veramente suo figlio legittimo.

Tre regole, ch'egli è importante di ben comprendere, sono esposte a quest'uopo nel nostro articolo: 1.º L'adottato non ha alcun diritto di successione rispetto a' differenti membri della famiglia dello adottante; ma, 2.º per rapporto ad esso l'adottante, ha, nè più nè meno, i diritti ereditari di un figlio legittimo propriamente detto; 3.º infine, egli acquista unicamente i diritti ereditari, i diritti ordinari sulla successione; gli altri diritti di figlio legittimo non gli competono affatto.

Ed in prima, non acquista alcun diritto di successibilità su beni de' genitori dell'adottante. L'adottato non acquista la qualità di figlio se non per rapporto all'adottante; rimane estraneo a tutti i membri della famiglia. Pertanto, se i genitori, o altri ascendenti dell'adottante, ed i suoi fratelli, sorelle o altri collaterali, muoiano dopo la morte di quest'adottante, o durante la sua vita o con rinuncia di costui alla loro successione, l'adottato non avrà nulla a pretendere su' beni ch'essi lasciano, laddove sarebbe il loro erede se fosse figlio legittimo dell'adottante. Così ancora se un figlio legittimo dell'adottante (sopraggiunto dopo l'adozione; che è chiaro che colui che fosse nato o concepito prima di quest'adozione l'avrebbe resa impossibile) muore e lascia de' beni, il figlio adottivo non vi avrà alcun diritto: non è reputato fratello di questo figlio legittimo, e se il matrimonio è proibito tra di essi, ciò non è per parentela, ma per altre ragioni di onestà pubblica.

II. — Ma sulla successione dell'adottante; il figlio adottivo ha gli stessi diritti di un figlio concepito in matrimonio; per rapporto a lui, egli è civilmente e per finzione un figlio legittimo, quindi ha tutti i diritti ereditari ordinari, tutti quelli che risultano dalle regole generali costituenti il sistema legale delle successioni.

Per conseguenza, se è solo all'epoca dell'apertura della successione, prenderà solo la totalità de' beni, ad esclusione di tutti i collaterali o ascendenti; se si trovano altri figli adottivi, verrà a concorrere con essi ed a prendere egual porzione; lo stesso sarà se vi esistano veri figli legittimi (sopravenuti dopo l'adozione). Sicchè egli avrà dritto eziandio ad una riserva; e se, alla morte del padre adottivo, un testamento o delle donazioni tra vivi avessero scemato il suo patrimonio di una porzione di beni maggiore di quella di cui la legge permette la disposizione gratuita a danno del dritto ereditario dei figli, il figlio adottivo, sia solo, sia in concorso con figli del matrimonio, potrebbe far ridurre i legati o le donazioni, e far rientrare nella successione la quota che un figlio legittimo ha il dritto di trovarvi. Tutto ciò non può porsi in dubbio a fronte di questa regola del nostro articolo che l'adottato avrà, sulla successione dell'adottante, gli stessi dritti che vi avrebbe il figlio nato da matrimonio.

In presenza di un testo sì chiaro, e le cui conseguenze sono tanto naturali, vi ha indubitabilmente da stupirsi nel vedere gli autori stracchiare la legge in tutti i sensi per darle ciascuno una particolare interpretazione, e violarla tutti in un grado più o meno alto.

Il Duranton, nello *inclinare* alla decisione da noi testè data, non la trova però ben stabilita, massime in quanto concerne le donazioni che l'adottante, prima dell'adozione, avesse fatto al coniuge nel suo contratto di matrimonio (III-319). Toullier, egli stesso, professa positivamente che la riduzione non può esercitarsi su niuna delle donazioni fatte, sia al coniuge, sia ad altri, prima dell'atto stipulato avanti il giudice di pace, conformemente all'art. 353 [277] (II-1011). Grenier si appiange ancor più oltre, o sottrae allo stesso dritto le donazioni fatte tra la stipulazione dell'atto avanti il giudice di pace e l'iscrizione dell'adozione su' registri dello stato civile, conformemente all'art. 359 [283] (*Dell'adoz.*, n. 26 e 40). Delvincourt sorpassa pur queste idee, insegna che l'adottato non può far ridurre veruna donazione, anche posteriore all'adozione. Infine, Toullier, che come si vede, va molto men lungi di Grenier e Delvincourt in questa modificazione arbitraria del dritto di riserva, si rifà per un altro lato e diviene più ardito di quelli per diminuire la quantità che il figlio può prendere su' beni realmente esistenti nella successione. Egli vuole che in presenza degli ascendenti del padre adottivo, l'adottato, in luogo di prender la totalità, come farebbe un figlio legittimo, prenda unicamente la metà, nella stessa guisa di un fratello (art. 748 e 915 [671, 831]),

per lasciare un quarto allo ascendente più prossimo di ciascuna linea! egli appoggia questa decisione sull'autorità di un testo, in effetti molto positivo, del *Codice prussiano*!

Non abbiamo d'uopo di rispondere a tutto ciò; non ci occorre darci pensiero, sia del *Codice prussiano*, sia de' sistemi contraddittori che ciascun autore ha aggristato secondo i suoi gusti particolari; ci basti il dire, col *Codice alla mano* (il *Codice francese*): « Il figlio adottivo ha rispetto all'adottante *gli stessi dritti ereditari del figlio nato in matrimonio*. » Sicchè, il figlio nato in matrimonio ha il dritto, malgrado la presenza degli ascendenti, di prender la totalità de' beni; adunque il figlio adottivo potrà prendere la totalità. Egualmente, il figlio nato in matrimonio ha il dritto di prendere a titolo di successione, e come eredità che non può mai venirgli tolta da disposizioni gratuite, anche anteriori alla sua nascita, la metà, i due terzi o i tre quarti de' beni del padre (secondo che è solo, o che deve dividere con uno o diversi altri figli): adunque il figlio adottivo potrà prendere questa metà, questi due terzi o questi tre quarti.

Del rimanente, gli errori che abbiamo segnalati provengono dal falso punto di vista sotto cui si è riguardata l'adozione. La si è considerata come un affare monetario, come una convenzione pecuniaria: Delvincourt dice formalmente ch'essa non è altro se non una disposizione gratuita de' beni, una istituzione contrattuale, un dono della successione.

Se questo principio fosse vero, è chiaro che lo adottato non potrebbe far ridurre le donazioni anteriori all'adozione; che, come mai un donatario posteriore verrebbe a censurare i dritti de' donatari anteriori a lui? In questo sistema, Delvincourt avrebbe ragione contro Toullier, quando dice che l'adottato non potrà neppur censurare le donazioni posteriori; chè, la sua donazione non avendo per oggetto se non ciò che si troverà nella successione, come potrebbe reclamare de' beni che non sono più nel patrimonio del morente? Reciprocamente, Toullier avrebbe ragione contro Delvincourt, quando pretende che l'adottato deve lasciare allo ascendente di ciascuna linea il suo quarto di riserva; giacchè, l'adottato non essendo che un semplice donatario, e le donazioni non potendo mai toccare la riserva degli eredi, questi ascendenti farebbero ridurre la donazione di questo adottato come ogni altra donazione. Tutti gli errori censurati più innanzi

diverrebbero adunque delle verità, ed il solo torto da rimproverare in tal caso agli autori citati sarebbe di mostrarsi inconseguente nello accottare, ciascuno, la tale e la tal parte di questi errori, quando bisognerebbe accettarli tutti. Sarebbe ancora mestieri andare più oltre, e dire che l'adottante non potrebbe far ridurre i legati per sé stessi. Chè le cose di cui un testamento dispone non sono più nella successione legittima; or, unicamente de' dritti di successione legittima parla il nostro articolo. Delvincourt, che accorda questo dritto di far ridurre i legati, si mette adunque, qui ancora, in contraddizione col suo principio, e ciò che è più colle sue spiegazioni sugli articoli 351 e 747 [275 e 670], ove riconosce che le cose legate non fanno più parte della successione legittima.

Ma questo principio è completamente falso. L'adozione ha unicamente per oggetto diretto di conferire la qualità di figlio e non già di dar del danaro; si è l'attribuzione di un dritto morale, dalla quale i dritti pecuniari non nascono che per contraccolpo, per accidente ed accessoriamente, come nel riconoscimento o nella legittimazione de' figli naturali. Gli è, in vero, cosa ben trista, il vedere in tal guisa, ad ogni passo travestire in sistemi materialisti, le idee affatto morali del legislatore. Adozioni, quistioni di moneta; separazione personale, quistioni di moneta; matrimoni, quistioni di moneta! Eh! senza dubbio, gl'interessi pecuniari si trovano in giuoco in questi atti morali della vita civile; ma all'infuori della moneta ed al disopra di essa, vi ha pure qualche altra cosa!... Ma, se per Delvincourt, l'adozione si riduce meschinamente ad una *donazione di beni*, perchè adunque la definisce egli medesimo un atto avente per iscopo di stabilire civilmente i rapporti di *paternità e di filiazione*?... Egli è incontrastabile che di queste due idee contraddittorie l'ultima è la vera (1).

III. — Ma solamente pe' dritti ereditari, pe' dritti di successione, l'adottato è assimilato ad un figlio legittimo; e l'adozione, quindi, non produrrebbe l'effetto indicato dall'art. 960 [885]. Questo articolo dichiara che, quando una donazione è stata fatta da un individuo che non avea figli, questa donazione si trova annullata di pieno dritto dalla nascita di un figlio legittimo, o dalla legittimazione di un figlio naturale nato dopo la donazione. Or, questo non è più questione, pel figlio, di far ridurre o annullare la donazione, per prendere la parte di successione che

(4) *Confr.* Malpel (n. 162), Vazeille (art. 761, n. 5), Colin-Delisle (n. 13), Zachariae (IV, p. 22-23), Valette (*sopra* Proud., II, p. 222), Duver-

gier (*sopra* Toull.), Demolombe (VI, 460-462); Montpellier, 8 giugno 1823; Rig. 29 giugno 1825; Parigi, 26 marzo 1839. (Dev., 39, 2, 200).

la legge gli assicura; si è un dritto che si realizza tra vivi e nell'interesse *attuale* e del padre e del figlio; la regola ha per scopo di non distrarre dal matrimonio e dalla procreazione di figli legittimi la persona imprevedibile la quale, allorché non pensava a maritarsi, imprudentemente si spogliò di tutta o parte della sua fortuna. Pertanto la regola giova tanto al padre (o alla madre) quanto al figlio, e si è anche il primo quello che rimane arbitro e padrone dell'interesse del figlio; poichè avveratosi l'annullamento, egli può dar di nuovo, sia alla persona medesima, sia ad altre, i beni che gli sono in tal guisa restituiti (art. 964 [889]).

Poichè questo non è un dritto di successione, l'adozione non produrrà punto, e non annullerà di pieno dritto le donazioni anteriori; essa darà soltanto all'adottato il dritto di farle annullare in seguito, all'apertura della successione, fino alla concorrenza di ciò che toccasse la riserva.

IV. — I dritti ereditari, che abbiamo indicati al n° II come appartenenti al figlio adottivo, passerebbero alla sua morte a' figli di lui o a' discendenti legittimi. In effetti, secondo gli art. 739 [660] e seguenti, ogni discendente legittimo ha il dritto di *rappresentare* il suo autore defunto, o sia che gode di una finzione che lo *identifica* con quest' autore, in guisa che costui vien reputato vivere in lui. Adunque, il discendente dell'adottato essendo legalmente, per la finzione di rappresentanza, l'adottato medesimo, eserciterà tutti i dritti che quest'adottato eserciterebbe se visse ancora.

Ma un figlio adottivo del figlio adottivo non avrebbe questo dritto, poichè, come si è veduto al n° I, l'adozione non dà se non soltanto il dritto di giungere alla successione dello ascendente, *anche legittimo*, del padre adottivo. Il nostro articolo, nel dire che l'adottato non avrà alcun dritto di successibilità rispetto al parenti dello adottante, dice per ciò stesso che l'adozione non produce il dritto di rappresentanza: l'adottato, nella sua famiglia adottiva, può ben essere rappresentato, ma non può rappresentare egli stesso.

Lo stesso sarebbe del figlio naturale dello adottato; il riconoscimento non legando il figlio se non a' suoi genitori, senza veruna relazione con la famiglia di costoro, ne segue che il figlio naturale non ha mai il dritto di rappresentanza.

Ma i discendenti legittimi dello adottato potrebbero succedere *in proprio nome* allo adottato? Così, se questo adottante muore senza altri eredi all'infuori di suo figlio adottivo e di un nipote, ed il figlio adottivo rinuncia alla sua successione, è il nipote, ovvero i figli dello adottato rinunciante che

prenderanno la successione? Questi figli, lo si intende, non possono venir qui come in rappresentanza; chè non si rappresenta una persona vivente, non si può venire ad occupare un posto che non è vuoto (art. 744 [666]); ebbene, potranno essi succedere per proprio conto, in lor proprio nome?

La decisione può sembrar dubbia; chè dipende da un'idea su cui il Codice non è abbastanza esplicito: quella di sapere se l'adozione, la quale costituisce certamente l'adottato figlio dello adottante, costituisca ancora i figli dell'adottato nipoti di esso adottante; se la parentela legale e fittizia dell'adozione esiste per la posterità legittima dello adottato, come per l'adottato medesimo. Noi crediamo tuttavia, e malgrado la mancanza di testi formali, che debbasi rispondere affermativamente; crediamo ancora che, nel pensiero della legge, la parentela civile esista tra l'adottante e la discendenza dell'adottato. Non ne addurremo punto per ragione l'impedimento al matrimonio che esiste tra essi, chè tale impedimento esiste ancora tra l'adottante ed il coniuge dell'adottato, tra l'adottato ed il coniuge dell'adottante, tra l'adottato ed i figli dell'adottante, i quali tuttavia non divengono parenti civili, in guisa che questo impedimento si spiega a sufficienza con considerazioni di onestà pubblica. Ma v'ha di altri elementi: si è il pensiero, che la legge ha dovuto supporre allo adottante, di attribuirsi, come discendente civile, la posterità dello adottato, sì che la collezione del nome di famiglia, il quale passerà non solo all'adottato, ma altresì a tutti i suoi discendenti; si è infine, che il dritto di successione speciale accordato all'adottante, da due articoli seguenti, su' beni da lui donati all'adottato, non esiste se non quando questo adottato non lascia alcun discendente legittimo. La riunione di queste circostanze ci sembra indicare abbastanza che, nel pensiero del Codice, la parentela fittizia dell'adozione regni tra l'adottante e i discendenti dello adottato; or, se la è così, questi discendenti avranno pure, anche per conto proprio, sulla successione di questo adottato, gli stessi dritti dello adottato medesimo.

251 [275]. — Se l'adottato muore senza discendenti legittimi, le cose donate dallo adottante o raccolte nella sua successione, e che esisteranno in natura all'epoca della morte dello adottato, ritorneranno allo adottante o a' suoi discendenti, a condizione di contribuire a' debiti, e senza pregiudizio de' dritti de' terzi.

Il dappiù de' beni dello adottato apparterrà a' suoi propri parenti; e costoro esclu-

deranno sempre, per gli oggetti specificati nel presente articolo, ogni erede dell'adottante che non sieno di lui discendenti.

§§§ [276]. — Se vivente l'adottante e dopo la morte dello adottato, i figli o discendenti di costui morissero anch'essi senza posterità, l'adottante succederà alle cose da lui donate, come è detto nello articolo precedente; ma questo dritto sarà inerente alla persona dello adottante e non trasmissibile a' suoi eredi, neppur in linea discendentale.

SOMMARIO

- I. Qualità ed ultimo effetto dell'adozione; dritto di successione per l'adottante o pe' suoi discendenti. Questo dritto è sottoposto a due condizioni.
- II. L'adottante non succede se non all'adottato morto senza discendenti legittimi, e all'ultima successione di questi discendenti. Da figlio adottivo dell'adottato funziona naturale a questo dritto di ritorno.
- III. L'adottante succede a' beni esistenti ancora in natura, all'azione di riprensione e al primo onere devoto.
- IV. Egli contribuisce proporzionalmente ai debiti e non può esonerare i dritti stabiliti sui beni.
- V. Il dritto di successione de' figli dello adottato premorto segue la stessa regola, salvo due differenze.

I. — La legge presenta in questi due articoli l'ultimo effetto prodotto dall'adozione; esso è il dritto, per l'adottante e pe' suoi discendenti legittimi, di succedere a certi beni lasciati dallo adottato o dalla sua posterità. Noi parleremo separatamente, in prima del dritto dell'adottante, indi di quello de' suoi discendenti.

Ed in prima l'adottante, egli stesso, succede, ad esclusione degli ascendenti o dei collaterali dello adottato, a tutti i beni che gli ha donati, quando li rinviene, sia nella successione di questo adottato morente senza posterità (art. 351 [275]), sia nella successione dell'ultimo morente de' discendenti di questo adottato (art. 352 [276]). Una disposizione analoga si trova scritta nell'articolo 747 [670], pe' beni donati ad un discendente del sangue dal suo ascendente.

Due condizioni si richieggono perchè l'adottante possa riprendere i beni donati, dopo la morte sia del figlio adottivo, sia del discendente di questo figlio; è uopo 1° che il defunto non lasci posterità; 2° che i beni esistano ancora nella sua successione.

II. — 1° È uopo che il defunto non lasci posterità. La presenza di un solo discendente legittimo, di qualunque grado si fosse, farebbe ostacolo al dritto dello adottante. Ma occorre egli assolutamente che sia un discendente legittimo; e non basterebbe la presenza di un figlio adottivo?

Il testo dello art. 351 [275] che parla solo di discendenti legittimi, ci avea fatto dire qui, nella nostra prima edizione, che la pre-

Marcadé T. I.

senza di un figlio adottivo del defunto adottato sarebbe insignificante e non impedirebbe allo adottante, che sopravviva al suo adottato, di succedere ai beni da lui donatigli. Ma questa dottrina ci è indi sembrata falsa, e l'abbiamo rigettata al n.° III dell'art. 747 [670]. — Senza dubbio il nostro articolo 351 [275] parla unicamente de' discendenti legittimi, de' discendenti nati dal matrimonio; ma questo articolo non è il solo che occorra consultare; e in vero, quello che precede immediatamente, l'art. 350, non dice forse che, in materia di successione, tutti i dritti appartenenti a' figli nati dal matrimonio apparterranno ancora al figlio adottivo? Adunque, se il figlio adottivo del defunto adottato non trova nel solo art. 351 il dritto di respingere il padre adottivo di costui, lo trova nella combinazione di questo articolo 351 coll'art. 350 [274].

Noi ritorneremo su questa idea al n.° III dell'art. 747 [670].

Nello incominciare la spiegazione del nostro articolo, abbiamo detto che quando l'adottato muore lasciando de' discendenti legittimi, si è unicamente alla morte dell'ultimo morente di questi discendenti che l'adottante può riprendere i beni donati. Laonde, se l'adottato lascia due figli l'uno de' quali muore in seguito senza posterità, non avrà al certo l'adottante, sibbene il secondo figlio dello adottato, fratello del defunto, che torrà quei beni donati che si trovassero nella successione. Lo stesso avverrebbe se, in luogo di due figli, l'adottato avesse lasciato un nipote, ed un figlio che venisse a morire; sarebbe il nipote quello che erediterebbe la successione intera. Non v'ha luogo su tal punto a dubbio alcuno, quando si esamina il testo de' nostri due articoli; il primo non chiama l'adottante se non quando l'adottato muore senza discendenti, ed il secondo vuole che i figli o discendenti, tutti per conseguenza, muoiano essi stessi senza posterità. Il pensiero evidente della legge è adunque che l'adottante non potrà distrarre dalla successione generale i beni da lui donati, se non quando questa successione generale passerà a' discendenti o a' collaterali dello adottato.

Si comprende del resto che, se alla morte dello adottato o del suo discendente legittimo, vi fossero ancora de' discendenti, ma rinunciassero alla successione, l'adottante donatore eserciterebbe allora il suo dritto; chè, in tal caso, ben si può dire non esservi più discendenti in quanto alla successione.

III. — 2° La seconda condizione richiesta perchè il padre adottivo (ed anche il padre naturale, nel caso dell'art. 747 [670]) possa riprendere i beni da lui donati, si è che esistano tuttavia in natura nella successione del

donatario o dell'ultimo morente de' suoi discendenti.

Il dritto di restituzione consacrato da' nostri articoli non è altro se non un dritto di successione, come lo prova l'obbligo di rispettare i dritti de' terzi e di contribuire ai debiti del defunto; or, un erede (salvo che sia riservatario, ed il padre donatore non lo sia) non ha alcuna specie di dritto su' beni di che il defunto ha disposto sia tra vivi, sia con testamento. L'adottante non può adunque pretendere nulla su' quei beni donati che l'adottato morente senza posterità, o l'ultimo morente de' suoi discendenti, avesse o nati o viventi lui o soltanto legati; egli non ha dritto, come ogni erede, se non a quelli che si trovano nella successione *ab intestato*, devoluta ai successori legittimi, in mancanza dell'espressione legale della volontà dell'uomo (1).

Tuttavia la legge, almeno quando il donatore è l'ascendente *legittimo* del donatario, non restringe il dritto di successione al caso in cui i beni esistano realmente nel patrimonio libero del defunto; essa l'accorda ancora quando il bene non è uscito da questo patrimonio in un modo irrevocabile, e si può farvelo ricentrare, o quando l'equivalente che produce la sua alienazione non vi sia entrato altrimenti. Pertanto, quando esiste un'azione di revoca di nullità, di rescissione, di ricompra, in pochi dotti, un'azione con cui si può far recitare non avvenuta l'alienazione realizzata, il donatore succede a quest'azione. Similmente, se il prezzo mercè cui il bene si è alienato non è stato ancor pagato, il donatore ha il dritto di prenderlo (art. 767 683). Or, in questo stesso senso e con questa istessa latitudine debbono intendersi, secondo noi, i nostri due articoli, la cui analogia ci sembra perfetta con l'articolo 747 [670].

Il Duranton, che ammette questa decisione per l'azione di ripresa, la respinge in quanto al dritto sul prezzo ancor dovuto. La sua ragione è che il caso dell'art. 747 [670] essendo più favorevole di quello che ci occupa, non si può già decidere per analogia, in guisa che si argomenta da' principii generali. Or, dice egli, i principii generali permettono di riguardare come avente ancora un bene colui, che ha un'azione per recuperarlo; ma nol permettono punto per colui che non ha dritto se non al prezzo di questo bene.

(1) Appunto perchè l'erede non riservatario non ha dritto se non su' beni di cui il defunto non ha disposto, neppure con atto di ultima volontà, il Delvincourt (il quale riconosce questa dottrina incontestabile, e che peraltro pensa, a torto, che il figlio adottivo non ha dritto ad una riserva,

Questo ragionamento non ci soddisfa affatto. Il primo comma dell'art. 747 [670] riproduce identicamente la regola de' nostri articoli; se adunque il legislatore avesse inteso che il dritto all'azione era virtualmente compreso ne' nostri articoli, lo avrebbe per la stessa ragione veduto nel primo comma dell'art. 747 [670] e non l'avrebbe collocato in un secondo comma, accanto ed anche al di sotto del dritto al prezzo. Lo assieme di questo articolo 741 [670] esige adunque, o che si rigetti quì l'uno o l'altro dritto, se l'analogia non è riconosciuta, o che si accettino entrambi, se quest'analogia esiste.

Or, agli occhi nostri, l'analogia è evidente, ed il caso de' nostri articoli è più favorevole ancora di quello dello art. 747 [670]. In effetti, nel caso di quest'art. 747, il donatario essendo il figlio legittimo del donatore, gli eredi di questo donatario morto senza figli saranno sovente i suoi fratelli o i suoi nipoti, ossia i discendenti legittimi del donatore; laddove, nel caso del nostro articolo, gli eredi del figlio adottivo morto senza discendenti saranno completamente estranei all'adottante. Or, se pel prezzo della cosa, la legge pensa che il donatore preferisca se ai suoi propri discendenti, come potrebbe mai pensare che non si preferisca ad estranei?... Adunque bisogna a *fortiori* ammetter quì l'idea dell'art. 747 [670].

IV. — Del resto, questo dritto dell'adottante non è, come abbiamo già detto, se non un dritto di successione; questo adottante non prende i beni da lui donati se non a titolo di erede, e quindi, è obbligato di contribuire a' debiti e rispettare i dritti conceduti su' beni.

Quindi, si stabilirà una proporzione tra il valore totale della successione e quello dei beni da lui ripresi, e pagherà una frazione proporzionale de' debiti. In quanto a dritti stabiliti su' beni, l'adottante non potrebbe censurarli; così, le ipoteche, i dritti d'usufrutto, di uso, le scritture di passaggio o altre, conserveranno l'effetto che avevano contro il defunto e che avrebbero contro ogni erede.

V. — Ora, questo istesso dritto di successione speciale, in quanto è accordato non più all'adottante, ma a' suoi discendenti legittimi, non presenta veruna difficoltà.

Questo dritto, in effetti, è lo stesso per lo adottante o si trova regolato dalle diverse

né quindi alla riduzione) si mostra inconsequente accordando a questo figlio il dritto di far ridurre i legati. Se il figlio adottivo non è riservatario, non può far ridurre i legati come neanche le donazioni, ch'è se è riservatario, come certo è, può far ridurre le donazioni al pari dei legati.

regole che abbiamo testè spiegate, salvo due differenze l'una delle quali lo rende più vantaggioso, l'altra meno.

La prima differenza consiste in ciò che il dritto de' figli cade su di un oggetto maggiore di quello dello adottante. In effetti, il dritto non si esercita in questo caso soltanto su' beni che sono stati donati allo adottato dall'adottante, ma eziandio su quelli che ha raccolti nella successione di questo adottante.

Ma questo dritto a' beni provenuti dallo adottante, per donazione, testamento, o successione legittima, non può esercitarsi dai discendenti legittimi dell'adottante (ed in ciò appunto consiste la seconda differenza) se non sulla successione dell'adottato medesimo che muore senza posterità; esso non potrebbe, come il dritto dell'adottante, esercitarsi sulla successione di un discendente di questo adottato.

Salvo queste due differenze, il ripetiamo, questo dritto de' figli segue le stesse regole del dritto del padre adottivo medesimo.

SEZIONE II.

Delle forme dell'adozione.

Abbiamo già detto e facciamo osservare di nuovo che, malgrado la generalità di questa rubrica del Codice, qui si tratta unicamente delle forme dell'adozione *fatta tra vivi*.

353 [277]. — La persona che vorrà adottare e quella che vorrà essere adottata, si presenteranno al giudice di pace del domicilio dell'adottante, per passare all'atto del loro rispettivo consenso (1).

354 [278]. — Dalla parte più diligente, si consegnerà, entro i dieci giorni susseguenti, una copia di quest'atto al Procuratore dell'impero presso il Tribunale di prima istanza, nel distretto del quale esiste il domicilio dell'adottante per sottometterlo all'omologazione del tribunale medesimo.

355 [279]. — Il tribunale radunato nel-

la camera del consiglio, dopo aver preso le opportune informazioni, verificherà 1° se sianzi adempite tutte le condizioni della legge, 2° se colui che si propone di adottare, goda buona fama.

356 [280]. — Il tribunale sentito il procuratore dell'impero, ed omessa ogni altra formalità di processo, senza esprimere i motivi, pronunzierà in questi termini: *vi è luogo, ovvero non vi è luogo all'adozione.*

357 [281]. — Nel mese successivo alla sentenza del tribunale di prima istanza, sarà la detta sentenza sottoposta al tribunale di appello, ad istanza della parte più diligente, ed il tribunale di appello procederà nelle stesse forme praticate da quello di prima istanza e pronunzierà senza allegarne i motivi: *la sentenza è confermata o la sentenza è riformata, ed in conseguenza si fa luogo, o non si fa luogo all'adozione.*

358 [282]. — Qualunque arresto della corte di appello che ammetterà l'adozione, sarà profferita nell'udienza, e verrà affissa in que' luoghi ed in quel numero di copie che il tribunale stimerà conveniente (2).

I. — Questi diversi articoli non richieggono spiegazione; il loro testo è abbastanza chiaro. Noi vi aggiungeremo soltanto alcune osservazioni.

Si vede che in ciascun atto della procedura, il dritto di agire è accordato *alla parte più diligente*. Pertanto, sebbene l'atto di consenso stipulato avanti il giudice di pace sia stato dall'adottato sottomesso al tribunale, la sentenza di questo tribunale potrà essera indi sottomessa alla corte dall'adottante, o reciprocamente. In quanto al modo secondo cui questa sentenza deve sottomettersi alla corte, la legge non l'indica; ma è chiaro che bisogna dire, per analogia, che la parte più diligente la rimetterà, co' diversi documenti della procedura, al procurator generale. Ei ci sembra egualmente certo, sebbene la legge nol dica neppure, che i due ter-

(1) Potendosi per le nostre leggi adottare il minore che ha ottenuto il consenso de' suoi genitori, l'art. 277, rispondente all'articolo in disamina del codice napoleonico contiene il seguente comma che è affatto nuovo: « Essendo minore l'individuo » che vuoi adottare, dovrà presentarsi al giudice di circondario insieme colla persona che dee consentire all'adozione, giusta l'articolo 270 ».

(Nota del traduttore).

(2) Questi articoli presso noi sono all'intutto uniformi: soltanto ove si legge nel codice francese — *procuratore dell'impero, tribunale di prima*

istanza, tribunale di appello ecc., nelle nostre leggi civili è detto — *procuratore regio, tribunale civile, gran corte civile, ecc.* Dippiù è a rammentare quel che altrove abbiamo già osservato, che le pronunziazioni del tribunale civile presso noi si dicono con voce tecnica legale *sentenze*, quelle della gran corte civile *decisioni*, e quelle soltanto della suprema corte *arresti*, evitando a questo modo la confusione che si trova nelle leggi francesi, le quali chiamano *arresti* non pure le pronunziazioni della corte di appello, che quelle della corte di cassazione. (Nota del traduttore).

mini di dieci giorni e di un mese, accordati alle parti, il primo per adire il tribunale, l'altro per appellare alla corte, sono prescritti, come quello che ci verrà indicando l'articolo seguente, a pena di decadenza, e che spirati questi termini, bisognerebbe stipulare un nuovo atto avanti il giudice di pace; ed abbiamo, per decidere siffattamente, l'analogia dell'art. 359 [233], indi questa considerazione, che la legge non si sarebbe data la briga di precisare termini i quali veruna sanzione impedisse di trasgredire.

Un'ultima idea (che la si è dovuta rilevare alla sola lettura de' nostri articoli), si è che la legge ha avuto la precauzione di non dare veruna pubblicità all'adozione se non quando è permessa in un modo irrevocabile, affinché il rifiuto del magistrato non nuocia alla considerazione delle parti. Pertanto, la decisione del tribunale è sempre resa nella camera del consiglio, anche quando è favorevole, perchè potrebbe invalidarsi dalla corte; lo stesso accade dello arresto della corte quando rigetta l'adozione: l'arresto che dichiara esservi luogo è il solo che debba esser reso in udienza pubblica (1).

220 [283]. — Ne' tre mesi successivi alla sentenza, ad istanza dell'una o dell'al-

tra delle parti, l'adozione sarà inscritta nei registri dello stato civile del luogo ove l'adottante avrà il suo domicilio.

Questa iscrizione non avrà luogo che in vista della presentazione di una copia autentica della sentenza del tribunale d'appello, e l'adozione resterà senza effetto se non sarà stata inscritta nel suddetto termine.

220 [284]. — Se l'adottante morisse dopo che l'atto, comprovante la sua volontà di passare all'atto dell'adozione, sarà stato ricevuto dal giudice di pace, e portato avanti ai tribunali, e questi non avessero pronunziato definitivamente, sarà continuato il processo, e sarà, se siavi luogo, ammessa l'adozione. Gli eredi dell'adottante potranno, qualora credono inammissibile l'adozione, presentare al procuratore dell'impero qualunque memoria ed osservazione a quest'oggetto.

SOMMARIO.

1. L'arresto de' diritti civili non si esige presso le parti se non per la stipulazione dell'atto avanti il giudice di pace.
2. Ma il godimento di questi diritti è necessario fino alla trasmissione dell'atto al procuratore dell'impero. La morte di una delle parti avvenuta posteriormente a questa trasmissione è indifferente.

(1) Presso noi si è fatta quistione se competeva ricorso avverso una decisione di gran corte civile colla quale è stata ammessa o rigettata un'adozione. La nostra Corte suprema con arresto del dì 29 aprile 1845, contro le conclusioni del Procurator generale Michele Agresti, decise per l'affermativa osservando — « Che la legge ha fatto un titolo apposito pel giudizio di adozione;

» Che questo può dirsi quasi *ius generis*, ed ha come in tutti gli altri giudizi voluto serbare il primo ed il secondo grado di giurisdizione. Ha voluto però serbare quel rispetto dovuto alla morale pubblica, poichè essendo oggetto del giudizio il verificare per l'art. 279 delle leggi civili, 4.º se si sieno adempite tutte le condizioni della legge, 2.º se colui che vuole adottare goda buona opinione, ha voluto la pronunziazione dello stesso, senza esprimerne i motivi. — Però ha detto nell'art. 282 delle stesse leggi: che qualunque decisione della Gran Corte civile, che ammetterà l'adozione, sarà proferita all'udienza. Il che ad dimostra ch'esso è un giudizio, ed un giudizio in contraddizione delle parti, poichè ne vuole la pubblicità dell'udienza, che si richiede ne' giudizi in contraddizione;

» Che uniforme a tali principii con l'articolo 284 ha permesso che qualora gli eredi dell'adottante credano inammissibile l'adozione, potranno presentare qualunque memoria ed osservazione a quest'oggetto, sia che ne riguardi il rito, sia che ne riguardi il merito, e con ciò far parte del giudizio e viene con essi contestato;

» Che non ha permesso ciò fare con atti formali di citazione, o di uscire per rispetto alla pub-

blica morale; ma niente toglie agli effetti legali o a giudicari la forma dell'atto;

» Che prescrivendo le formalità ed i mezzi di convinzione, senza manifestarne i motivi, non ha voluto con ciò dichiarare irreparabile qualunque eccesso di potere, e qualunque arbitrio se si avesse voluto consumare in proposito. Il perchè ci ha stabilito il doppio grado di giurisdizione, la pubblicità dell'udienza e la iscrizione della decisione fra i tre mesi da che fu ottenuta;

» Che l'idea della ricettibilità vieppiù si addimostra dal confronto del disposto ne' due articoli 284 e 283 delle leggi civili, poichè nel primo di essi si è voluto sottoporre la sentenza all'esame della Corte tra un mese; termine che mira all'appello; e nel secondo si è prescritta la iscrizione dell'adozione ne' registri dello stato civile, mercè la decisione della corte, fra tre mesi: termine che mira al ricorso;

» Che non avendo vietato il ricorso per annullamento lo ha permesso con le generali disposizioni dell'articolo 416 della legge organica giudiziaria;

» Che due sole eccezioni ha fatte la legge e son quelle precisamente segnate negli articoli 415 e 416 della legge;

» Che ove avesse voluto estenderla al caso in esame l'avrebbe detto. — Ma noi disse perchè volendo il fine ne doveva volere anche il mezzo;

» Che oltre a ciò si può invocare l'articolo 8 delle leggi civili;

» Che da ciò ne segue essere ricettibile il ricorso » so ».

(Nota del traduttore).

III. Se e come l'adozione tra vivi possa esser revocata dalle parti. Grave errore di Toullier. Per qual via si potrebbe farla dichiarare nulla.

I. — L'adozione, si sa, può realizzarsi in due modi: o col testamento dell'adottante, o con un contratto stipulato tra l'adottante e lo adottato. In questa sezione si tratta dell'adozione per contratto. Il contratto di adozione, come ogni altro contratto, si forma col concorso, regolarmente comprovato, delle volontà delle due parti; or, è l'atto stipulato avanti il giudice di pace quello che comprova questo concorso delle volontà, i consensi rispettivi delle parti (art. 353); quindi si è avanti il giudice di pace che si realizza l'adozione tra vivi. Onde il tribunale civile, e dopo di esso la corte, non sono chiamati a pronunziare l'adozione, a conferire la qualità di padre e di figlio; essi hanno soltanto la missione di esaminare e di dichiarare se le condizioni della legge sono state adempite, e se vi ha luogo, sì o no, all'adozione (art. 356 e 357 [280 e 281]), o sia se il contratto stipulato avanti il giudice di pace abbia prodotta o no l'adozione. La prova che questa teoria, indicata da principii generali, è ben pur quella del Codice, e che la dichiarazione della corte di esservi luogo all'adozione significa che l'adozione si è realizzata, e non già che è permesso di realizzarla in seguito, si è che il solo atto che segua questa dichiarazione, cioè, l'iscrizione su' registri dello stato civile, suppone l'adozione già realizzata, poichè l'art. 359 [283] ci dice che in mancanza di questa iscrizione nel termine voluto, l'adozione rimarrebbe priva de' suoi effetti. L'adozione adunque, il ripetiamo, si effettua avanti il giudice di pace; e da ciò segue che bisogna, ma che basta ancora, che la capacità di consentire esista presso ambo le parti nel tempo della stipulazione dell'atto avanti questo giudice di pace; soltanto allora bisogna esiger da esse l'esercizio de' dritti civili. Se adunque, sin dal domani della stipulazione dell'atto, l'una delle parti o ambedue fosser colpite di follia, questa privazione della ragione, e per conseguenza dell'esercizio de' dritti civili, non impedirebbe all'altra parte, od a' rappresentanti dell'una di esse, di continuare la procedura.

II. — Ma se l'adozione si realizza, si forma avanti il giudice di pace, ciò non è in un modo perfetto ed indipendente da ogni avvenimento posteriore; ciò non è che condizionalmente. L'adozione, dopo la sua nascita avanti il giudice di pace, è sottomessa, per la sua efficacia, all'avveramento di tre condizioni successive: 1° all'omologazione del tribunale civile; 2° a quello della corte; 3° all'iscrizione su' registri dello stato civile. Or, dalle parti, dall'una di esse od in nome di entram-

be, vien domandato l'adempimento di queste condizioni; si è dalla parte più diligente, a nome dell'altra come in nome suo, che debban sollecitarsi l'omologazione del magistrato e la iscrizione su' registri. Egli è dunque evidente che questo adempimento delle condizioni, che deve compiere l'adozione, non può realizzarsi con efficacia se non quando le volontà anteriormente espresse duran tuttavia; in guisa che, se, dopo la stipulazione dell'atto, non si può più esigere la capacità reale di consentire, la capacità di fatto, l'esercizio de' dritti civili, si deve esigere ancora la capacità di dritto, il godimento di questi dritti civili, ossia la vita naturale e civile delle due parti. Vediamo ora fino a qual momento questo godimento de' dritti civili è necessario.

Le tre condizioni richieste dopo la stipulazione dell'atto avanti il giudice di pace sono di natura tale, che l'adempimento delle due ultime retroagisce fino all'adempimento della prima e si confonde con esso. Infatti, quando il tribunale ha omologato l'adozione e dichiarata la sua legalità, la decisione con cui la Corte di appello omologherà alla sua volta, non costituire una nuova decisione, ma sarà soltanto la conferma, il mantenimento della sentenza de' primi giudici. In quanto all'iscrizione su' registri civili, è chiaro ch'essa non è punto un nuovo elemento costitutivo dell'adozione; ma unicamente la pubblicazione, la notificazione dell'adozione fatta e della comprovazione giudiziaria della sua legalità. Ma, ora, quest'omologazione del tribunale, a cui retroagiscono e l'omologazione della Corte e l'iscrizione su' registri, retroagisce essa medesima al di, in cui l'atto stipulato avanti il giudice di pace è stato rimesso al procuratore della Repubblica; che è ormai un principio, come si è già veduto, che ogni dichiarazione giudiziaria retroagisce al di in cui fu domandata, al di in cui il tribunale fu investito; or, il tribunale è investito in materia di adozione mercè la remissione de' documenti al procuratore dell'impero.

Adunque, in conclusione, al momento della consegna de' documenti al procuratore dell'impero si representeranno giuridicamente adempite le condizioni richieste posteriormente. Lo stesso sarebbe anche quando il tribunale dichiarasse non esservi luogo, e la legalità dell'adozione fosse riconosciuta per la prima volta dalla corte; che è ancora un principio che la pretensione rigettata in prima istanza, ed ammessa indi sull'appello, produce effetto retroattivo non solo al di della domanda formata in appello, ma al di della domanda fatta in prima istanza.

Quindi, al momento della consegna de' documenti al procuratore dell'impero, al mo-

mento in cui il contratto è portato per la prima volta a tribunali, allora è necessario e basta di trovare presso le due parti il *godimento* dei dritti civili. Se sin dal domani di questa consegna de' documenti, l'una delle parti o anche entrambe morissero, sia naturalmente, sia civilmente, l'istruzione potrebbe continuarsi, a cura sia dell'altra parte, sia degli eredi della parte defunta, o dell'una delle parti, defunte entrambe.

La teoria, alcun po' sottile ma tuttavia esatta, da noi presentata, è consacrata dal nostro articolo, il quale dichiara che quando l'atto di mutuo consenso è una volta *portato a vani i tribunali*, la morte dello adottante non impedirebbe l'ammissione dell'adozione. Il Codice, egli è vero, non parla se non della morte dell'adottante; ma, oltre che la teoria è necessariamente la stessa che per la morte dell'adottato; si spiega, d'altra parte, questa redazione per la ragione che un dibattimento avrebbe avuto luogo molto più spesso tra l'adottato e gli eredi dell'adottante che tra l'adottante e gli eredi dell'adottato. In effetti, l'adottante sarà in prima di un'età molto più provetta, ed il caso della sua morte dovrà quindi presentarsi più di sovente; dipoi, anche in caso di morte dello adottato, l'adottante sarà non di rado disposto a conferire agli eredi di costui, massime quando saranno de' discendenti, il beneficio dell'adozione, laddove gli eredi di questo adottante non avrebbero mai mancato d'impugnar quest'adozione, se il nostro articolo non fosse esistito. La legge si è dunque occupata di *eo quod plerumque fit*; ma i principi domandano la stessa decisione pel caso reciproco.

III. — Ora e prima di passare al capitolo della tutela officiosa, vediamo se e come l'adozione fatta tra vivi potrebbe invocarsi o annullarsi.

Tosto che il contratto di adozione è stato regolarmente stipulato avanti il giudice di pace, il legame è formato: l'obbligazione di ciascuna parte, sebbene condizionale, esiste già, e come ogni altra obbligazione condizionale così anch'essa non potrebbe essere infranta dalla volontà contraria di una sola delle parti. Ma dopo tal momento fino all'adempimento dell'ultima delle condizioni richieste, il mutuo consenso delle due parti può benissimo sciogliere il contratto. Ciò è evidente, poichè basterebbe a queste parti di mettersi di accordo per non fare iscrivere l'arresto nel termine di tre mesi, il che basterebbe, secondo l'art. 359 [283] per togliere ogni effetto all'adozione.

Ma quando l'adozione è divenuta perfetta coll'adempimento di tutte le condizioni richieste, il comune accordo dell'adottante o

dell'adottato non può più distruggerla; essi nol potrebbero neppure rivestendo la loro nuova volontà delle forme che hanno accompagnata la prima, ossia stipulando avanti il giudice di pace un contratto che facessero indi omologare dal magistrato. In vano direbbersi che l'adozione non è che un contratto e che un contratto può sempre sciogliersi co' mezzi che hanno potuto formarlo: il matrimonio ancora non è che un contratto, e non è stato mai permesso di romperlo co' mezzi offerti per formarlo, neppur quando era ammesso il divorzio. Or, l'adozione, tuttochè si realizzi mercè un contratto, è veramente un atto dello stato civile, che produce fittiziamente e legalmente le qualità di padre o di madre del fanciullo; essa è dunque irrevocabile ed indipendente dalla volontà, quando è divenuta perfetta coll'adempimento di tutte le regole prescritte. Sarebbe evidentemente mestieri di un testo formale per autorizzare una simile facoltà. D'altra parte le discussioni del Consiglio di Stato non lasciano alcun dubbio sull'irrevocabilità dell'adozione (Fenet, t. X, p. 247 a 477).

Malgrado ciò, Toullier (II, n° 1018) adotta l'opinione contraria ed insegna che il Codice non avendo vietato di sciogliere l'adozione, i tribunali commetterebbero un eccesso di potere rifiutando di sanzionare la nuova volontà delle parti; e fonda la sua dottrina eziandio sull'autorità del *Codice prussiano*. Non ci fa d'uopo combattere una simile autorità, massime quando Toullier è obbligato di confessare che non si può dissimulare che il *Consiglio di Stato* ha considerata l'adozione come irrevocabile. L'autorità del Consiglio di Stato, redattore della legge, ci sembra più forte di quella del Codice prussiano! Epperò tutti gli autori hanno rigettata questa singolare idea di Toullier.

L'adozione non potrebbe neppur essere rievocata per ingratitude dell'adottato, a guisa di una donazione (art. 935 [880]). Sarebbe evidentemente revocabile per questa causa, se la, come pretende Delvincourt, altro non fosse se non una donazione della successione; ma abbiamo abbastanza dimostrato la falsità di questo principio, di cui Delvincourt medesimo, del resto, non osa trar qui le conseguenze (conf., Grenoble, 2 marzo 1842; Dev. 43, 2, 171).

Beninteso, l'irrevocabilità dell'adozione non impedirebbe che l'adottato venisse eliminato dalla successione dell'adottante, se si trovasse nell'uno de' casi d'indegnità preveduti dall'art. 727 [618]. Ciò non sarebbe un revocar l'adozione, un distrugger le qualità civili di padre e di figlio; sarebbe soltanto un trattar il figlio adottivo come si tratta il figlio legittimo. L'adozione sarebbe allora sì poco

revocata, per quanto i figli dello adottato potrebbero succedere all'adottante; non già rappresentando il loro padre, che non si rappresentano le persone viventi, ma in nome proprio, se non esistesse erede più prossimo di essi. L'indegnità produrrebbe, nè più nè meno, gli effetti di una rinuncia.

Ma se l'adozione non può mai revocarsi, è chiaro che può dichiararsi nulla per aver avuto luogo senza le condizioni della legge. Laonde, se si prova che l'adottante ha presentato un falso atto di nascita e che non aveva cinquant'anni; che l'adottato non era maggiore; che l'atto di consenso del coniuge dello adottante, o de' genitori dello adottato, era falso; che la pretesa circostanza in cui l'adottato aveva, dicessi, salvato la vita allo adottante, è finta; che un figlio legittimo dello adottante era concepito al momento dell'adozione, ecc.; in questo caso, le persone interessate moralmente o pecuniariamente ad impugnare l'adozione, cioè: il coniuge dell'adottante, i genitori dell'adottato, quella delle parti che fosse stata nell'errore, e gli eredi dell'adottante, potrebbero far dichiarare nulla l'adozione in tal guisa realizzata in violazione della legge. Qui, come nel caso di matrimonio, le persone aventi interesse morale potrebbero agire in ogni tempo, laddove gli eredi dello adottante potrebbero solo quando il loro interesse fosse nato ed attuale, ossia dopo la morte dello adottante. E poichè l'adozione è una pura finzione, una creazione del dritto civile, una istituzione di favore, tutta eccezionale e permessa all'infuori de' principii del dritto naturale, bisogna dire che, quando l'una delle condizioni richieste dalla legge è mancata, l'adozione s'è trovata legalmente impossibile; in guisa che, sebbene realizzata in fatto, è rimasta non avvenuta in dritto, e nulla di nullità propriamente detta. Da ciò segue che la nullità potrà esser proposta in ogni epoca o senza che veruna prescrizione possa colpire l'azione degl'interessati.

Gli autori, senza presentare così completamente come noi abbiamo fatto, le regole sulla nullità dell'adozione (che essi si contentano di parlar dell'azione unicamente in quanto la s'appartiene agli eredi dello adottante, e non dicono punto, neppur per costoro, quanto tempo durerà), gli autori, diciamo, non

contrastano veruna di queste regole; ma son ben luagi dall'esser di accordo sulla via da tenere per far valere questa nullità.

Gli uni, specialmente Toullier, insegnano che con ricorso in cassazione deve proporsi la nullità dell'adozione; altri vogliono che bisogna indirizzarsi alla corte medesima che ha emesso l'arresto, formando avanti ad essa un'azione principale; altri ancora, che s'investa questa corte merè il ricorso per ritrattazione (C. pr., art. 480 [514] e seg.); altri, infine, che si prenda la via di opposizione di terzo.

Secondo noi, tutti questi sistemi sono erronei; essi muovono tutti da questa idea falsa che, per far giudicare la nullità di un'adozione, bisogna direttamente impugnare l'arresto della corte, e quindi agire merè l'una delle vie offerte per far cadere l'autorità della cosa giudicata. Ma non è questo un errore capitale? Le sentenze e gli arresti emanati in materia di adozione non sono sentenze giudiziarie; la parola vi è, ma la cosa non v'è mica. E di vero che è mai una sentenza? una decisione che dà termine ad un dibattimento, che esaurisce una contesa; ma tra l'adottante e l'adottato, non vi è stato dibattimento, contesa, litigio infine. L'adozione è un contratto, di cui l'arresto è l'omologazione, la legalizzazione; l'arresto non è l'adozione, ma solo un accessorio di essa. Quando i tribunali pronunziano in materia di adozione, essi non terminano una lite, non esercitano la loro giurisdizione contenziosa, ma una giurisdizione graziosa e volontaria; essi non giudicano punto. L'adozione, non è l'arresto o l'omologazione il contratto; si è il contratto omologato dall'arresto. Adunque, quando impugnò un'adozione, non impugnò un arresto, impugnò un contratto. Adunque debbo agire con un'azione ordinaria avanti il tribunale di prima istanza del domicilio del convenuto, salvo appello alla corte da cui questo tribunale dipende, assolutamente come per tutti gli altri contratti (1) (2).

CAPITOLO II.

DELLA TUTELA UFFICIOSA (ED ANCHE DELL'ADOZIONE TESTAMENTARIA) (3).

361. — Chiunque in età oltre i cinquant'anni, privo di figli e di legittimi discen-

(1) *Confr.* Delvincourt, Duranton 111-329, Demolombe (VI-193); Colmar, 24 luglio 1821; Cassaz., 22 sett. 1825; Nancy, 13 giugno 1826.

(2) La nostra Corte Suprema ha ritenuto il contrario di quel che dice il nostro autore, ossia che si è una vera sentenza, decisione quella pronunziata dal tribunale civile e Gra. Corte civile per l'adozione. Vedi le sue considerazioni riportate nella nota (1) pag. 508. (*Nota del traduttore*).

(3) Le nostre leggi civili avendo permessa l'adozione del minore, non hanno adottate le disposizioni contenute negli articoli 367 a 370 del Codice Napoleonico, le quali sono dettate nello scopo di facilitare e preparare l'adozione. All'articolo 285 fanno seguire esse leggi due articoli che non si leggono nel codice francese, coi quali si pon termine al titolo dell'adozione. Detti articoli sono così concepiti: — «Art. 285. — Volendosi adottare un individuo

denti, vorrà con un titolo legale unire a sé una persona durante la di lei minore età, potrà divenire tutore officioso di questa, qualora ottenga il consenso di entrambi i suoi genitori o del superstiti fra essi; e mancando sì l'uno, che l'altro, del consiglio di famiglia, o finalmente se detta persona non ha parenti noti, qualora ottenga il consenso degli amministratori dell'ospizio in cui sarà stata ricoverata, o della municipalità del luogo della sua residenza.

362. — Un coniuge non può divenire tutore officioso senza il consenso dell'altro coniuge.

363. — Il giudice di pace del domicilio del figlio stendono processo verbale delle domande e de' correlativi assensi della tutela officiosa.

364. — Questa tutela non potrà aver luogo se non in favore de' minori d'anni quindici.

La medesima, oltre ciò che sarà stato particolarmente convenuto, produrrà l'obbligo di alimentare, di allevare il pupillo, e di porlo in istato di procacciarsi il proprio sostentamento.

365. — Se il pupillo ha qualche sostanza, e se egli era anteriormente sotto tutela, l'amministrazione de' suoi beni e la cura della persona passerà al tutore officioso, il quale però non potrà imputare sulle rendite del pupillo le spese dell'educazione.

SOMMARIO

- I. Rapporto intimo della tutela officiosa con l'adozione.
- II. In che consista l'effetto principale della tutela officiosa.
- III. Sempre ed unicamente quando il genitore dei beni del figlio non appartiene a suo padre o a sua madre la loro amministrazione passa al tutore officioso.
- IV. In quanto all'amministrazione della persona, essa gli appartiene sempre.

I. — Si sa che, nel pensiero del legislatore, la tutela officiosa ha per iscopo di facilitare e di preparare l'adozione. Ciò spiega perchè la legge domanda per questa tutela parecchie delle condizioni richieste per l'adozione: 1° l'età di cinquant'anni nel tutore; 2° l'assenza di discendente legittimo; 3° il consenso de' genitori del fanciullo (o in man-

canza loro, del consiglio di famiglia, dell'amministrazione dell'ospizio o del consiglio municipale, secondo i casi); 4° il consenso del coniuge del tutore. Gli è per tal ragione ancora che il fanciullo che vuoi prendere in tutela officiosa deve aver al più quindici anni; è uopo che possa ricevere le cure del tutore per lo spazio di sei anni di minore età.

II. — Oltre dell'effetto sussidiario che la tutela officiosa produce in quanto all'amministrazione de' beni del pupillo, essa ha per effetto principale, a termini del secondo comma dell'art. 361, la duplice obbligazione imposta al tutore 1° di educare, nutrire e mantenere il pupillo fino alla sua maggiore età, 2° di porlo in istato di provvedere più tardi a' suoi bisogni, sia adottandolo, sia procacciandogli una professione o un mestiere con cui possa guadagnar la vita.

Questa duplice obbligazione, di cui il Codice verrà occupandosi di bel nuovo deducendo le conseguenze negli art. 367 e 369, costituisce l'oggetto indispensabile del contratto di tutela officiosa; il sopprimerla, sarebbe un annullare il contratto medesimo. Adunque, le stipulazioni particolari di cui parlano l'art. 364 e questi art. 366 e 369, che avran sovente luogo all'epoca dello stabilimento della tutela officiosa, non potrebbero aver per oggetto di esonerare il tutore da quest'obbligazione, o anche di diminuirla; il loro scopo sarà soltanto di evitare ogni ulteriore contestazione fissando anticipatamente, a favore del pupillo, de' vantaggi che sostituiscano o oltrepassino l'effetto di quest'obbligazione imposta al tutore dalla legge medesima. Laonde, il tutore potrebbe dire che, nel caso in cui l'adozione non avesse luogo, il pupillo avrebbe, a far tempo dalla sua maggiore età, o dalla morte del tutore accaduta prima di questa maggiore età una rendita vitalizia di . . . , o un capitale di . . . , o il tal bene determinato, ecc.

III. — Al tutore officioso si appartiene l'amministrazione de' beni che può avere il pupillo; ma soltanto, dice l'art. 365, *quando il fanciullo era anteriormente in tutela*. Or, questi termini rendono male il pensiero della legge: il tutore potrebbe avere l'amministrazione, tuttochè il fanciullo non fosse stato anteriormente in tutela; e potrebbe reciprocamente non averla, sebbene esistesse una tutela anteriore. In effetti, l'adozione medesima lasciando il figlio nella sua famiglia e non potendo nuocere per nulla ai dritti dei

» che non abbia padre e madre certa, e che sia
» allevato in qualche ospizio, basterà che vi con-
» corra il consenso de' governatori dell'ospizio ove
» è stato accolto. Tale consenso sarà espresso in
» una deliberazione che sarà sommessio allo omo-
» logazione del tribunale; il quale procederà nel

» modo indicato negli articoli 277, 278 e se-
» guenti ».

» Art. 286 — Gli atti di procedura nel caso ad-
» ditato nell'articolo precedente si faranno gratis,
» senza esser soggetti né a bollo, né a registro, né
» a diritti di cancelleria ». (Nota del traduttore).

genitori, con più ragione, ciò avverrà della tutela officiosa; or, l'uno de' dritti del padre durante il matrimonio, e del superstite dei genitori dopo lo scioglimento di esso, si è di amministrare i beni del figlio nel loro proprio interesse e per serbarne le rendite (articolo 348 [272]). Quando dunque l'uno de' due genitori sarà morto ed il figlio si troverà per tal guisa in tutela (art. 390), l'esistenza di questa tutela non impedirà al superstite dei coniugi di conservare il suo usufrutto legale su' beni del figlio, e per conseguenza il tutore officioso non prenderebbe allora l'amministrazione di questi beni. Con le parole *s'egli fosse in tutela*, il Codice vuol dire *s'egli dipendesse da un tutore che non fosse se non il suo tutore, che non avesse se non i dritti di tutore, e che non fosse in pari tempo suo padre o sua madre*. Ora, e reciprocamente, per circostanze eccezionali e che non si presentano se non pe' figli naturali, potrebbe accadere che il figlio, che ha perduto o che non ha mai conosciuto i suoi genitori, non avesse tutore, perorché niuno si fosse occupato di fargliene nominare uno; in questo caso, è ben chiaro, che ciò non impedirebbe al tutore officioso prender l'amministrazione de' beni quando il godimento di questi beni non appartenga al padre o alla madre del figlio.

Del resto, la tutela officiosa portando seco di pieno dritto l'obbligo di nutrire e di educare il pupillo (art. 364), ne segue che, nel caso medesimo in cui il figlio avrà de' beni, non già sulle rendite di questi beni, ma col denaro proprio, il tutore dovrà pagare le spese di educazione. Adunque, nel caso medesimo in cui il pupillo ha de' beni non sottomessi all'usufrutto legale del padre o della madre, il tutore officioso, sebbene si trovi per tal modo gravato della tutela ordinaria, in pari tempo che della tutela officiosa, differisce ciononostante da un semplice tutore ordinario.

IV. — In quanto all'amministrazione della persona, osserviamo ch'essa non è attribuita al tutore pel caso soltanto in cui il figlio fosse già in tutela; è unicamente per l'amministrazione de' beni che l'art. 365 richiede questa condizione. L'articolo significa che in questo caso l'amministrazione de' beni passerà ancora al tutore, con l'amministrazione della persona, che a lui passa sempre. In effetti, precisamente quest'amministrazione della persona del figlio costituisce la tutela officiosa; spetta sempre al tutore, secondo l'art. 364, di nutrire e di educare il pupillo; mercè le cure che gli appresta può studiare il suo carattere, vedere se è degno dell'adozione, e procurarsi per tal guisa, continuando ad apprestargli queste cure per lo spazio di sei anni, l'una delle condizioni indispensabili di quest'adozione.

Marcadé T. I.

366. — Se il tutore officioso, trascorsi cinque anni compiuti dopo l'assunta tutela, prevedendo di morire avanti che il pupillo sia fatto maggiore, gli conferisce l'adozione mediante atto testamentario, questa disposizione sarà valida, purché il tutore officioso non lasci figli legittimi.

SOMMARIO

I. Terzo ed ultima specie di adozione. Essa non è sottoposta se non a tre condizioni.

II. Diviene irrevocabile unicamente per l'accettazione del figlio giusto alla sua maggioranza, ma produrrebbe allora gli stessi effetti dell'adozione tra vivi.

I. — Quest'articolo ci presenta il terzo ed ultimo modo di adozione, l'adozione testamentaria, da noi annunziata nel cominciare la spiegazione di questo titolo. Quest'adozione eccezionale non è sottoposta se non a tre condizioni: 1° Che il testamento non sia fatto se non dopo cinque anni di tutela officiosa; 2° che il tutore muoia prima della maggiore età del fanciullo; 3° infine, che non lasci, morendo, verun figlio legittimo.

1° Ed in prima, il testamento non deve, malgrado l'opinione contraria di Odilon-Barrot (*Enciclop.*, v° adozione, n° 63) scriverli prima de' cinque anni di tutela. Se lo si scrivesse dopo tre o quattro anni, non produrrebbe il suo effetto; quand'anco il tutore non morisse se non dopo questo termine, senza averlo rievocato: il testo della legge è formale, e noi siamo qui in una materia eccezionale, in cui le condizioni richieste non potrebbero mitigarsi dalla dottrina. Questo rigore ha d'altra parte una ragione facile a comprendersi. La legge vuole che il tutore non adotti se non il fanciullo che ne è degno; essa teme che dopo un breve termine, prima di averlo abbastanza conosciuto, il tutore faccia, per leggerezza di riflessione, un testamento che non avrebbe indì il coraggio di annullare o di modificare, tuttoché si rammaricasse forse di averlo fatto. La ripugnanza che molte persone sperimentano nell'occuparsi a redigere le loro ultime volontà, impedisce loro alle volte di mutare delle disposizioni che non farebbero, se non le si trovassero già scritte (1).

2° La seconda condizione richiesta, si è che l'adozione si realizzi, ossia che il testamento produca il suo effetto con la morte del tutore, durante la minorità del fanciullo: soltanto nella previdenza della sua morte prima della maggiore età del pupillo può il tutore, a' termini del nostro articolo, adottar-

(1) Duranton (III-304), Demante (*Thémis*, VII, p. 449), Zachariae (IV, p. 26), Valette (II, p. 270), Demolombe (VI-73).

lo con atto testamentario. In effetti, questo modo affatto privilegiato è permesso soltanto quando il modo ordinario è impossibile, e se il fanciullo divenga maggiore prima della morte del tutore, per questo modo ordinario far sì che l'adozione, come dice positivamente l'art. 368.

Ma bisogna intendere questa condizione di minorità del pupillo in un modo ragionevole. Il pensiero della legge, nell'autorizzare l'adozione testamentaria, si è di fare che dopo cinque anni di tutela officiosa, il tutore non sia mai nell'impossibilità di adottare il fanciullo a cui ha apprestato le sue cure con questo scopo. Adunque l'adozione testamentaria rimarrà senza effetto solo quando sarà decorso, tra la maggiore età del fanciullo e la morte del tutore, un termine bastevole per realizzare l'adozione ordinaria. Questo termine che non è precisato dalla legge, dovrà valutarsi dai tribunali secondo le circostanze in cui si sono trovate le parti (Conf., Demolombe, VI-75).

3° E' uopo infine, che il testatore non lasci morendo verun discendente legittimo. Importerebbe poco che ne avesse al momento in cui scrive il testamento; e la dottrina contraria di Toullier (I, p. 368) e di Odilon-Barrot (Enciclop., n° 50) è evidentemente incassa, poichè questo testamento è un mero progetto che non deve realizzarsi e conferire l'adozione se non alla morte del testatore (1).

La legge non richiede per l'adozione testamentaria l'omologazione dei tribunali; ed infatti, quest'adozione realizzandosi solo dopo la morte dell'adottante ed al momento quindi in cui l'interesse già preesistente ed attuale degli eredi di questo adottante permette loro di censurarla e di fare annullare il testamento, non è mica da temere in questo caso, che la si lasci realizzare fuori delle condizioni legali. La legge non esige neppure il consenso del coniuge; perchè l'adozione non deve avere effetto se non al momento in cui il matrimonio sarà sciolto ed in cui il coniuge non sarà più coniuge. In quanto all'iscrizione su' registri, vedremo al numero seguente perchè la legge non l'esige neppure, sebbene possa sempre farsi.

II. — Laonde, tre condizioni soltanto si richiedono per l'adozione testamentaria. Ma è chiaro che, coll'adempimento di queste tre condizioni, l'adozione non ha luogo di pieno dritto; che non v'ha adozione possibile senza il consenso dello adottato. Bisognerà che questo legato della qualità di figlio

sia accettato da coloro che rappresentano il minore. Come pure, la qualità di figlio della tal persona essendo una cosa troppo grave per venir mai attribuita o tolta ad un fanciullo, quando non è in istato di valutarne le conseguenze, bisogna dire che il minore potrebbe, alla sua maggiore età, ripudiare su ciò che fossesi fatto; in guisa che i rappresentanti del minore non potran mai accettare né ripudiare in un modo irrevocabile. Come mai la legge intenderebbe rivestire in un modo indelebile della qualità di figlio un fanciullo, per esempio di undici o dodici anni, essa che non permette l'adozione, neppure remuneratoria, prima della maggiore età dell'adottato? ... Vi è d'altra parte un testo che non può spiegarsi se non con questo pensiero del legislatore, di non poter l'adozione testamentaria divenire irrevocabile e definitiva se non coll'accettazione fatta dall'adottato divenuto maggiore. In fatti, la legge che si tace sugli effetti dell'adozione testamentaria, ha cura di dire (art. 368), che l'adozione del pupillo divenuto maggiore produrrà tutti gli effetti indicati al capitolo precedente; la legge intende adunque che vi sia una certa differenza tra l'adozione testamentaria e l'adozione per contratto. Or, un'adozione, in qualunque forma si realizzi, non potendo mai aver per effetto se non di attribuire la qualità di figlio con le sue conseguenze, la sola differenza che sia possibile tra il caso di cui trattiamo ed i casi del capitolo precedente, si è l'irrevocabilità che esisterà in un caso e non esisterà nell'altro. Senza dubbio a causa di questa revocabilità dell'adozione testamentaria, i cui effetti potrebbero dopo alcuni anni sparire per ripudiazione del figlio maggiore, la legge, senza vietare la sua iscrizione su' registri, non l'esige. Il fanciullo divenuto maggiore sarà sempre a tempo di richiederla egli stesso.

367. — Nel caso che il tutore officioso morisse o prima, o dopo i cinque anni, senza aver adottato il suo pupillo, verranno somministrati a questo, durante la di lui minorità i mezzi di sussistenza, nella qualità e quantità da regolarsi, in mancanza di una anteriore e speciale convenzione, o amichevolmente tra i rispettivi rappresentanti il tutore ed il pupillo, o nella via giudiziaria in caso di contestazione.

368. — Se il tutore officioso anche vuole adottare il di lui pupillo giunto alla maggiore età, e questi vi acconsenta, si procederà all'adozione, osservate le forme prescritte nel precedente capo, e gli effetti saranno in ogni loro parte i medesimi.

(1) Duranton (III, 342), Demante (7A, VII, p. 452), Zachariae (IV, p. 27), Valette (II, p. 202), Demolombe (VI-77).

I. — Ritorniamo qui all'adozione, siccome l'abbiamo spiegata nel capitolo precedente, ed a cui la tutela officiosa avea per unico scopo di menare. Adunque, le diverse condizioni, le forme e gli effetti esposti sotto gli art. 343 a 360 debbono qui applicarsi. Se la legge, nel proclamare espressamente quest'assimilazione, o piuttosto questa identità, in quanto alle forme ed agli effetti, non pronunzia la parola *condizioni*, non è da stupirsi; poichè questa parola non si trova neppure nelle rubriche delle due sezioni del capitolo 1°. Intitolate 1° *dell'adozione ed de' suoi effetti*; 2° *delle forme dell'adozione*. Questa identità non può esser più dubbia per le condizioni come non può pel rimanente, poichè *le forme*, esplicitamente in tal caso richieste, non hanno per iscopo se non di garantire l'esistenza delle condizioni (art. 353). D'altra banda, l'assieme del nostro titolo fa chiaramente cogliere il pensiero completo del legislatore, che è evidentemente questo.

1° Per principio, l'adozione, veduta l'importanza e l'irrevocabilità de' suoi effetti, non è permessa se non tra persone viventi e maggiori, con condizioni rigorose e con forme lente e solenni. Ma, 2° per eccezione e per ricompensare la buona volontà di un tutore officioso che la morte viene a porre nell'impossibilità di adottare secondo la regola generale, la legge permette un'adozione men perfetta, cadente su di un minore, e per la quale si contenta di condizioni ed di forme più facili, perchè non è irrevocabile, potendo il figlio più tardi quando diverrà maggiore ripudiarla.

Adunque quando il tutore officioso non è più nel caso eccezionale dell'adozione di un minore, quando si è il pupillo divenuto maggiore quello ch'egli vuole adottare, cade pienamente nella regola generale, nel sistema unico ed indivisibile dei principii dell'adozione regolare. E come mai la tutela officiosa lo dispenserebbe dalla tale o tal'altra delle disposizioni dell'adozione ordinaria, sendo essa non altro se non un mezzo di menare a quest'adozione ordinaria? Come mai sarebbe una causa di eccezione alla regola, poichè è unicamente destinata a procacciare l'applicazione di questa regola?

369. — Se ne' tre mesi successivi alla maggioranza del pupillo, le di lui istanze fatte al tutore officioso per essere adottato, non avranno avuto effetto, e che il pupillo non si trovi capace di procurarsi la sussistenza, il tutore officioso potrà essere condannato ad indennizzare il pupillo per la sopracennata di lui incapacità.

(1) Conf. Valette (sopra Proul., p. 232),

Questa indennizzazione si limiterà a sussidi atti ad abilitarlo ad un mestiere; ritenuti però in vigore i patti che si fossero stipulati per l'evenienza di questo caso.

I. — Ei ci sembra, malgrado l'opinione contraria di alcuni autori, specialmente del Demolombe (VI-249), che il termine di tre mesi, fissato da questo articolo, non è contro il pupillo, ed in questo senso che, s'egli non abbia reclamato fra il suddetto termine non potrebbe più reclamare in seguito e sarebbe decaduto dal suo dritto ad una indennità. Tale termine è soltanto scritto in favore del testatore, il quale non può esser condannato prima che sieno elassi questi tre mesi. Il contesto dell'articolo prova abbastanza questa idea: esso dice che il tutore non potrà esser condannato se non dopo i tre mesi; ma non già che non potrebbe più esserlo dopo quattro o cinque mesi. Ed in effetti, non perchè il pupillo si è mostrato più facile, più rispettoso, nel lasciare al tutore un termine maggiore di quello che ha dritto ad esigere, potrebbe venir punito e dichiarato inammissibile! Poichè la legge non sottomette punto l'azione d'indennità ad una prescrizione particolare, essa durerebbe per principio trenta anni; salvo a' tribunali di dichiarare che la tale o tal circostanza presenta una rinuncia tacita dal canto del figlio (1).

La legge non dice mica, osserviamol pure, che quando le requisizioni fatte dal pupillo saran rimaste senza effetto, il tutore dovrà necessariamente esser condannato a pagare l'indennità, essa dice che *potrà* esserlo. Ed infatti, se fosse la mala condotta del fanciullo quella che il rendesse indegno dell'adozione e che lo avesse peraltro impedito di profittare delle spese che il tutore avea fatte per procacciargli una professione o un mestiere, è chiaro che il tutore, a cui non si può in tal caso rimproverare veruna colpa, non dovrebbe affatto esser condannato.

Del resto è evidente che questa indennità sarebbe del pari dovuta nel caso in cui il tutore essendo morto durante la minoretà del pupillo senza averlo adottato, questo pupillo si trovasse, per colpa del tutore, fuori stato di guadagnarsi la vita. Gli eredi del tutore subirebbero allora le obbligazioni che il nostro articolo impone al tutore medesimo. Ed in questo caso, come l'adozione non è più possibile, gli eredi del tutore non godrebbero mica del termine di tre mesi accordato a costui per deliberare sul punto se deve o no adottare.

È inutile aggiungere che nel caso del nostro articolo, come nel caso dell'art. 367, Davergier (sopra Toull., II-1035).

non vi sarebbe alcuna discussione possibile sull'esecuzione delle obbligazioni del tutore o de' suoi eredi, se queste obbligazioni fossero state fissate anticipatamente, e nel tempo dello stabilimento della tutela, da stipulazioni speciali.

370. — Il tutore officioso che avesse avuto l'amministrazione de' beni pupillari, sarà in ogni caso obbligato al rendimento dei conti.

I. — È una quistione disputata fra gli autori se bisogna applicare alla tutela officiosa le regole generali della tutela ordinaria. Così, saravvi egli mai in tal caso un consiglio di famiglia (art. 470)? nominerassi un tutore surrogato (art. 490)? il tutore sarà egli gravato d'una ipoteca legale (art. 2121)?... Questa quistione ci sembra ben semplice a risolversi, mercè una definizione che risulta dalla natura stessa delle cose.

In effetti, la tutela *officiosa* non può confondersi con la tutela propriamente detta: questa è una carica che la legge, per impetose circostanze, impone forzosamente, sotto condizioni rigorose, ed indispensabili alla buona amministrazione de' beni de' minori; l'altra è un puro atto di beneficenza con cui un individuo si obbliga benevolmente di educare a sue spese un fanciullo che spera in di adottare. Non si può adunque, nel silenzio della legge, trasferire da un caso all'altro rigori che sono necessari nel primo ed affatto inutili nell'altro. Pertanto, a che mai, in quale scopo, nominare un consiglio di famiglia ed un tutore surrogato per la tutela officiosa di un fanciullo che ha ancora i suoi genitori; di un fanciullo, quindi, che non è e non può essere in tutela ordinaria?... Adunque la tutela officiosa, per sè stessa e quando sarà sola, non produrrà mai applicazione delle regole della tutela ordinaria. Ma quando il tutore officioso sarà ad un tempo, come sovente accade, tutore ordinario, quando il fanciullo caduto in tutela propriamente detta per la morte di uno de' suoi autori si troverà ad un'ora sotto la tutela officiosa ed ordinaria dello stesso individuo, perchè mai non applicare allora tutte le regole di questa tutela ordinaria?... In breve, la tutela officiosa può ben esser meramente officiosa, e cadere su di un fanciullo che non è in tutela ordinaria, quando, al contrario, questa tutela ordinaria esiste, è riunita dalla legge alla tutela officiosa; ebbene, quando

la prima tutela sarà sola, non si applicheranno le regole rigorose ond'è quistione, perchè la legge non le richiede; quando per contrario vi sarà anche tutela ordinaria, esse si applicheranno tutte, perchè la legge non ne dispensa per tal caso.

RIASSUNTO DEL TITOLO OTTAVO

Dell'adozione e della tutela officiosa.

I. — L'adozione è un atto con cui una persona conferisce ad un'altra la qualità puramente civile di figlio. In quanto alla tutela officiosa, si è un atto di beneficenza principalmente destinato a menare all'adozione. Noi tratteremo separatamente dell'una e dell'altra in due capitoli.

CAPITOLO PRIMO

DELL' ADOZIONE.

II. — Si distinguono due specie di adozione: l'adozione tra vivi, permessa per regola generale; e l'adozione testamentaria, autorizzata per eccezione soltanto ed in un caso tutto speciale. Abbiamo da indicare: 1° le condizioni, 2° le forme, 3° gli effetti, e 4° le cause di revocazione o di nullità di ciascuna di esse.

SEZIONE PRIMA

Delle condizioni dell'adozione.

III. — Per principio, come testè abbiamo detto, l'adozione non è permessa se non con atto tra vivi, e lo è unicamente sotto le seguenti nove condizioni:

1° È uopo innanzi tratto che l'adottante abbia apprestato allo adottato, durante sei anni di minoretà, delle cure e de' soccorsi continui (1);

2° Che l'adottato non sia o non sia stato adottato da un altro, salvo che quest'altro non sia il coniuge dell'adottante;

3° L'adottante deve avere cinquant'anni compiuti.

4° Deve avere quindici anni di più dell'adottato.

5° Deve non aver verun figlio legittimo, nato o soltanto concepito al momento dell'adozione. Si deciderà da' rapporti delle persone dell'arte e dalle circostanze di fatto, se il figlio che nasce dopo l'adozione era con-

(1) Le nostre leggi civili ammettono adottare chiunque, senza che vi sia mestieri di aver speso sei anni di cure a favore di chi vuoi si adottare. Ove poi queste cure si fossero usate, allora la

legge dispensa dall'età di 50 anni l'adottante quando vuole adottare l'individuo a pro di cui queste cure ha usate.

(Nota del traduttore.)

cepito al momento della realizzazione di quest'adozione;

6° Bisogna che l'adottato sia maggiore (1); 7° Questo adottato dee, fino a venticinque anni, ottenere il consenso de' suoi genitori; al di sopra di quest'età, dee chiedere il loro consiglio. Se uno de' genitori sia morto, assente o per qualunque siasi causa nell'impossibilità di manifestar la sua volontà, basta il consenso o il consiglio dell'altro. La richiesta del consiglio si fa qui, come in caso di matrimonio, con un atto rispettoso (ma sempre un solo) e l'adozione è possibile un mese dopo;

8° Quando l'adottante è maritato, vi occorre il consenso del coniuge;

9° Infine, quest'adottante deve godere una buona reputazione (art. 343-344 e 355 [266-267 e 279]).

IV. — Quando l'adozione tra vivi ha per scopo di ricompensare l'abnegazione di una persona che ci abbia salvata la vita esponendo la sua, la legge mitiga il rigore di queste condizioni; toglie le prime tre e sostituisce la quarta con la sola circostanza di un'età più provetta nell'adottante, per quanto minima ne sia la differenza. Le cinque ultime condizioni rimangono le stesse (art. 345 [268-269]).

Insomma per l'adozione remuneratoria si richieggono sette condizioni cioè: le ultime cinque di quelle indicate di sopra; poi 6° che l'adottante sia più provetto in età dell'adottato; e 7° che l'adottato abbia salvata la vita all'adottante a rischio della sua.

V. — In quanto all'adozione testamentaria, non è permessa, per eccezione, se non per colui che, essendosi costituito tutore officioso di un fanciullo nello scopo di adottarlo in seguito, si vede morire durante la minore età di questo fanciullo e senza poter quindi, conferirgli l'adozione ordinaria, che, come si è veduto, non è possibile se non per un figlio maggiore.

Quest'adozione è sommessa a tre condizioni:

1° Che il testamento il quale conferisce l'adozione eman da un individuo che sia tutore officioso del fanciullo già da cinque anni nel momento in cui scrive il testamento: se il testamento fosse fatto prima di cinque anni compiti di tutela officiosa, non produrrebbe il suo effetto, quand'anche il testatore non morisse se non dopo i cinque anni senza averlo revocato (art. 366);

2° Che il tutore officioso, dopo di aver testato, muoia durante la minore età del fanciullo, o dopo un termine sì breve dalla mag-

giore età, che non abbia potuto conferirgli l'adozione tra vivi (ibid.);

3° Infine, che il testatore non lasci morando verun figlio legittimo nato o concepito (ibid. (2)).

SEZIONE II.

Delle forme dell'adozione.

VI. — L'adozione tra vivi, sia ordinaria, sia remuneratoria, si forma con un contratto che deve sanzionarsi dal magistrato e notificarsi al pubblico.

L'adottante e l'adottato debbono far redigere, dal giudice di pace del domicilio del primo, un atto comprovante i loro consensi rispettivi. L'atto dev'esser sottomesso fra i dieci giorni seguenti all'omologazione del tribunale di prima istanza; e la sentenza deve alla sua volta sottomettersi alla corte di appello, nel mese, a far tempo dal di in cui è stata emanata. Lo arresto della corte è affisso in tanti esemplari per quanti essa corte ne avrà ordinati e, fra' tre mesi dalla sua data, bisogna che sia iscritto su' registri dello stato civile, come lo sarebbe un atto di nascita. Questi termini successivi di dieci giorni, di un mese e di tre mesi, son richiesti a pena di decadenza, e le parti che li lasciasero decorrere sarebbero obbligate a far redigere un nuovo atto di adozione. Il tribunale e la corte se ne impossessano legalmente mercè la trasmissione de' documenti della procedura al procuratore dell'impero in un caso, al procuratore generale nell'altro. Questa trasmissione, non che l'apposizione degli affissi e l'iscrizione su' registri civili, si fanno indifferentemente a cura dell'una o dell'altra parte (art. 353-359 [277-283]).

Per salvare la reputazione dell'adottante ed evitare delle rivelazioni ed anche delle supposizioni dispiacevoli, la legge prende due savie precauzioni.

1° Il tribunale e la corte pronunziano sempre senza enunciar motivi. Pertanto, il tribunale dice soltanto: *Vi ha luogo all'adozione, o non vi ha luogo all'adozione*. La corte segue lo stesso modo; quando i primi giudici hanno ammessa l'adozione, essa dice: *La sentenza è confermata; quindi, vi ha luogo all'adozione; o, la sentenza è riformata; quindi, non v'ha luogo all'adozione*; che se la sentenza avesse rigettata l'adozione, la corte direbbe: *La sentenza è confermata, quindi, non v'ha luogo all'adozione, o, la sentenza è riformata; quindi, vi ha luogo alla*

(1) Per le nostre leggi civili è permesso adottare il minore, purché vi sia il consenso de' genitori. Vedi la nota (1) pag. 507. (Nota del traduttore.)

(2) Le nostre leggi non riconoscono l'adozione testamentaria. Vedi la nota (2) pag. 511.

(Nota del traduttore.)

adozione. 2° La sentenza del tribunale, sia che rigetti, sia che ammetta l'adozione, è sempre resa nella camera del consiglio, e lo stesso accade dell'arresto che la rigetta; gli arresti di ammissione soltanto sono pronunziati all'udienza (*ibid.*).

VII. — È uopo, beninteso, pel contratto di adozione come per ogni altro, che le due parti abbian l'esercizio de' loro dritti civili al momento che il contratto si forma, ossia all'epoca della stipulazione dell'atto avanti il giudice di pace; è uopo abbian la completa capacità di dritto e di fatto. Conviene ancora e basta che a tal momento esistano le circostanze richieste dalla legge, ed indicate nella precedente sezione. Laonde, a mo' d'esempio, il concepimento di un figlio legittimo dello adottante, che si realizzasse alcuni giorni dopo la redazione dell'atto, non farebbe ostacolo alla validità dell'adozione. Tuttavia, come l'adozione, nel realizzarsi avanti il giudice di pace, non si perfeziona se non coll'adempimento di condizioni posteriori, è mestieri che dopo la redazione dell'atto, le parti conservino ancora, non più l'esercizio, ma almeno il godimento de' dritti civili, la capacità di dritto (art. 360 [284]).

L'adempimento delle diverse condizioni posteriori a cui la perfezione del contratto di adozione si trova sottomessa, retroagendo alla trasmissione dell'atto al procuratore dell'impero e venendo a confondersi con essa, al momento di questa trasmissione soltanto deve durare ancora la capacità di dritto delle parti. Pertanto, siccome nello intervallo tra la redazione dell'atto e la sua trasmissione al procuratore dell'impero, la follia d'una delle parti o di entrambe, la loro intenzione, o la loro sottomissione alla potestà maritale sarebbero insignificanti, similmente, dopo questa remissione, la morte naturale o civile di queste parti non impedirebbe mica l'adozione. (*ibid.*)

VIII. — In quanto all'adozione testamentaria, non è sottomessa a veruna forma speciale; essa si conferisce con un atto redatto nell'una delle forme volute pe' testamenti ordinari.

SEZIONE III.

Degli effetti dell'adozione.

IX. — L'adozione, fatta con atto tra vivi o con testamento, ha per effetto principale di render l'adottato, civilmente e per finzione, figlio dello adottante; crea tra essi una parentela civile che si estende a discendenti dell'adottato, ma non modifica per nulla la sua parentela legittima ed i dritti o le obbligazioni che ne derivano. Questa parentela

civile produce delle conseguenze che, riunite a' risultati indipendenti da essa, danno all'adozione i cinque effetti seguenti:

X. — 1° L'adottato prende il nome dello adottante aggiungendolo al suo proprio, e lo trasmette a' suoi discendenti (art. 347 [271]).

XI. — 2° Per effetto dell'adozione, il matrimonio è vietato all'adottante con l'adottato, col suo coniuge e co' suoi discendenti; indi, allo adottato col coniuge e co' figli, anche adottivi, dell'adottante. Questo impedimento, che non è, del resto, se non proibitivo, è fondato, tra l'adottante, l'adottato ed i suoi discendenti, sulla parentela civile che esiste tra essi; in quanto alle altre persone, non ha per fondamento se non de' motivi di decenza pubblica. Esso non impedisce d'altra banda che lo stesso individuo adottò due persone che son già maritate prima dell'adozione di entrambe o almeno della seconda (art. 348 [272]).

XII. — 3° L'obbligo alimentizio, che continua ad esistere tra l'adottato ed i suoi ascendenti legittimi, esiste ancora tra lui ed il suo padre adottivo. Tuttavia, l'adottante non deve gli alimenti allo adottato se non in mancanza degli ascendenti e discendenti legittimi di costui; ma li deve a preferenza degli affini di questo adottato (art. 349 [273]).

XIII. — 4° L'adottato, senza aver mai ve-run dritto di successibilità per rapporto a' parenti dello adottante, che gli rimangono tutti estranei, acquista sulla successione dello adottante medesimo gli stessi dritti di un figlio legittimo. Pertanto, ha dritto ad una riserva e può, per procurarsela, far ridurre i legati e le donazioni che oltrepassano la quota disponibile, anche quando queste donazioni fossero anteriori all'adozione. Questi dritti di figlio legittimo appartengono allo adottato, anche quando veri figli legittimi fossero sopraggiunti allo adottante dopo l'adozione (art. 350 [274]).

Ma unicamente in quanto alla successione, il figlio adottivo è assimilato al figlio legittimo. Laonde, il figlio adottivo non potrebbe pretendere che la sua filiazione fittizia producesse, come la nascita di un figlio legittimo, la revocazione delle donazioni fatte dal padre in un momento in cui non avesse figli (*ibid.*).

I discendenti dello adottato possono esercitare, sulla successione dello adottante, gli stessi dritti dello adottato medesimo, sia che vengano rappresentando l'adottato premorto, sia che vengano in nome loro, nel caso di rinuncia o d'indignità di costui (*ibid.*).

XIV. — 5° L'adottante non è mai chiamato alla successione dello adottato o de' suoi figli, come costoro il sono alla sua; ma quan-

do ha donato de' beni allo adottato, può, alla morte di questo adottato morente senza discendenti legittimi, o ancora alla morte dell'ultimo morente di questi discendenti legittimi, succedere ai beni da lui donati che non sono alienati né con atto tra vivi né con testamento, o al prezzo che ne fosse ancora dovuto, o infine all'azione che potesse far rientrare questi beni nel patrimonio. Beninteso, come questo non è un dritto di successione, l'adottante non può esercitarlo se non a condizione di pagare la sua parte dei debiti della successione, e di rispettare i dritti conferiti a terzi su' beni (art. 351, [275]).

I discendenti legittimi dello adottante, quando costui muore prima dello adottato, hanno lo stesso dritto del loro autore, salvo due differenze: 1° esercitano questo dritto non solo su' beni donati tra vivi allo adottato dallo adottante, ma ancora su' quelli che avesse da lui ricevuti con testamento o raccolti nella sua successione; 2° non hanno questo dritto se non sulla successione dell'adottato morente senza posterità, e non su quella de' suoi discendenti (art. 352 [276]).

SEZIONE IV

Della revocazione e della nullità dell'adozione.

XV. — L'adozione tra vivi può, dopo la formazione del contratto avanti il giudice di pace, e fino all'iscrizione su' registri dello stato civile, sciogliersi col mutuo consenso delle parti; la volontà di una sola non basterebbe, che, comunque condizionale, una convenzione non lascia di generare obbligazione.

Una volta che l'adozione è perfetta per l'adempimento di tutte le condizioni che debbono seguire la redazione dell'atto, non potrebbe rivocarsi, né col mutuo consenso delle parti, né per ingratitudine dell'adottato, né per ogni altra causa qualunque. Ma può, evidentemente, sulla domanda di ogni parte interessata sia moralmente, sia pecuniariamente, dichiararsi nulla come avente avuto luogo fuori delle circostanze volute dalla legge (art. 360 [284], n° III).

In quanto al modo da tenere per far comprovare questa nullità, come l'adozione consiste nel contratto e non nell'omologazione del magistrato, che ne è solo l'accessorio, dovrebbe impugnarsi mercè un'azione principale intentata avanti il tribunale di prima istanza, al pari di ogni altro contratto (*ibid.*).

XVI. — Per ciò che riguarda l'adozione te-

stamentaria, è chiaro che non produce verun effetto durante la vita del testatore; essa altro non è in tal caso se non un progetto che egli può revocare a suo grado. Dopo la morte del testatore, non produce i suoi effetti se non coll'accettazione fatta a nome del minore da' suoi rappresentanti legali. Ma questi effetti non sono irrevocabili ancora; l'adottato può, alla sua maggiore età, ripudiarli e fare svanire l'adozione. Se l'adottato maggiore accetta l'adozione, espressamente o tacitamente, essa diviene irrevocabile come l'adozione tra vivi, e non può più censurarsi, nè da lui, nè da ogni altro interessato, se non per essersi fatta mancando all'una delle condizioni volute dalla legge (art. 366).

CAPITOLO II.

DELLA TUTELA OFFICIOSA (1).

XVII. — La tutela officiosa non è possibile se non sotto le cinque seguenti condizioni.

1° Che il tutore abbia cinquant'anni compiuti;

2° Che non abbia verun discendente legittimo nato o concepito;

3° Che ottenga il consenso del suo coniuge, se sia maritato;

4° Che il pupillo abbia meno di quindici anni, il che è indispensabile, perchè la principale condizione onde l'adozione, possa realizzarsi è sei anni di cure apprestate nella minore età;

5° Infine, che ottenga il consenso de' genitori del fanciullo, o dell'uno di essi, se l'altro è morto o è fuori stato di manifestare la sua volontà: in mancanza de' genitori, del consiglio di famiglia; — se il fanciullo, non avendo nè padre nè madre cogniti, né consiglio di famiglia, si trovi in un ospizio, il consenso degli amministratori; — se non è in un ospizio, quello del consiglio municipale della comune ove risiede (art. 361, 363, 364).

XVIII. — La sola forma richiesta per lo stabilimento della tutela officiosa, si è un processo verbale del giudice di pace comprovante i consensi rispettivi del tutore e delle persone incaricate di rappresentare il fanciullo, come abbiamo ora detto. A differenza di ciò che ha luogo per l'adozione, si è in tal caso il giudice di pace del domicilio del fanciullo quello che deve redigere l'atto (art. 363).

XIX. — Il principale effetto della tutela officiosa, quello che costituisce il suo oggetto necessario, si è d'imporre al tutore l'obbliga-

soppressa nelle sue leggi civili la tutela officiosa. (Nota del traduttore.)

(1) Vedi la nota (2) pag. 511 in cui furono espresse le ragioni per le quali il legislatore napoletano

go: 1° di educare, nutrire e mantenere il pupillo fino alla sua maggioranza, e 2° di porlo in istato di sopporre in seguito a' suoi bisogni, sia adottandolo, sia procacciandogli una professione o un mestiere (art. 364).

Adunque, 1° se il tutore muore durante la minoretà del pupillo, senza avergli conferita l'adozione testamentaria, dovranno fornirsi al pupillo fino alla età di ventun'anno, sulla successione del tutore, de' mezzi di sussistenza che saranno regolati tra' rappresentanti di ciascuno di essi, o amichevolmente, o dal magistrato, se vi fosse dissenso (art. 369).

2° In questo stesso caso, ed anche quando il tutore, dopo la maggioranza del pupillo, rifiuti di adottarlo, costui, se si trova, per colpa del tutore, fuori stato di procacciarsi da vivere, può esigere da questo tutore o da' suoi eredi una indennità tale da procurargli un mestiere. Che se senza veruna colpa dal canto del tutore e malgrado i sacrifici da lui fatti per procurare una professione o un mestiere al pupillo, costui si trovasse fuori stato di guadagnarsi da vivere, l'indennità non sarebbe più dovuta (art. 369).

Beninteso, veruna discussione sarà possibile su ciò che potrebbe doversi al pupillo, in questi due casi, dal tutore o da' suoi eredi, quando delle stipulazioni particolari avranno fissato anticipatamente la sorte ed i dritti di questo pupillo pel caso di non adozione. Del rimanente, queste stipulazioni, che possono benissimo stringer sempre più le obbligazioni legali del tutore, non possono mai aver per oggetto di sopprimerle o di diminuirle (*ibid.*).

Se pel tutore medesimo si tratta, alla maggioranza del pupillo, di eseguire la sua obbligazione alternativa di adottare questo pupillo o di fornirgli di che sovvenire a' suoi bisogni, il tutore in questo caso ha tre mezzi per deliberare sul partito che deve prendere; sol dopo questo termine e quando le richieste del pupillo a fin di adozione son rimaste senza effetto, egli può venir condannato ad indennizzare costui dell'incapacità in cui è di lucrarsi la vita. Questo termine non può mai esistere per gli eredi del tutore, poichè essi non possono adottare il fanciullo (*ibid.*).

XX. — Quando, alla fine della tutela officiosa, il tutore vuole adottare il pupillo, e costui vi consente, l'adozione si fa sotto le condizioni e con le forme e gli effetti indicati nel cap. I.

XXI. — Quando il fanciullo sottomesso alla tutela officiosa è pure in tutela ordinaria, quest'ultima tutela, se non appartiene al superstita de' genitori, usufruttuario legale de' beni del fanciullo, si unisce alla

prima, e vi ha, quindi, luogo all'applicazione delle regole generali del titolo della tutela. Laonde, il fanciullo è provveduto di un consiglio di famiglia e di un tutore surrogato; ha ipoteca legale su' beni del tutore officioso; ed alla fine della tutela, in qualunque guisa finisca, e sia o no seguita da adozione, il tutore o i suoi eredi debbono render conto de' beni, di cui questo tutore ha avuta l'amministrazione (art. 363).

TITOLO IX.

Della patria potestà.

(Decreto il 24 marzo 1803 — Promulgato il 3 aprile).

Dopo di aver esposte tutte le regole della filiazione, la legge si occupa de' rapporti di superiorità che questa filiazione fa nascere a favore de' genitori sul figlio, i quali costituiscono la patria potestà.

Abbiamo abbastanza spiegato altrove (tit. I) l'immensa differenza che separa la potestà energica che la legislazione romana attribuiva al *pater familias* e l'autorità ben troppo ristretta che il nostro Codice conferisce a' genitori.

Diciamo a' genitori, chè per essi esclusivamente, e non per gli ascendenti superiori, esiste sul figlio l'autorità che costituisce la patria potestà. Gli è vero che oltre della patria potestà propriamente detta, esistono diversi dritti attribuiti da differenti testi del Codice, ora a' genitori soltanto, ora agli ascendenti in generale: così, la necessità del loro consenso o del loro consiglio pel matrimonio (art. 148-153 [163] (1), per l'adozione (art. 346 [270]), per la tutela officiosa (art. 361); il loro dritto di successione su' figli e discendenti art. 746-749 [319, 400], con facoltà di far ridurre i legati o le donazioni toccanti la loro riserva (art. 915 [831]); il dritto agli alimenti (art. 205 [195]); il dritto di accettare a nome del loro figlio minore donazioni fattegli, quand'anche avesse per tutore un'altra persona (art. 935 [859]), ecc. Ma qui non si tratta se non della patria potestà propriamente detta, ossia del dritto, proprio ai genitori, di allevare i loro figli minori, regolando la loro condotta e dirigendone l'educazione. Il nostro titolo IX non è neppur completo sotto questo rapporto; che sonovi parecchie disposizioni scritte nel titolo della Tutela che derivano unicamente dalla patria potestà (art. 390, 397, 477 [668-669-671]); ce n'ha una soprattutto, quella che consacra il dritto pel padre, durante il

(1) L'articolo 453 fu soppresso nelle nostre

leggi civili. Vedi la nota (2) pag. 278. (N. del t.r.)

matrimonio, di amministrare i beni de'suoi figli minori (art. 389 [312]), cui nulla giustifica l'aver collocata in quel titolo della Tutela, e che spiegheremo nel nostro titolo medesimo, dopo l'art. 383 [310]).

In quanto a' testi del nostro titolo, essi si limitano a proclamare i due principali effetti della patria potestà: 1.° il dritto di educazione, che abbraccia il dritto di correzione (art. 372-383 [288-310]); 2.° il dritto di usufrutto legale accordato a' genitori sui beni del figlio fino al suo diciannovesimo anno o alla sua emancipazione (art. 381-387 298-301).

371 [287].—Il figlio, qualunque età egli abbia, deve onorare e rispettare i suoi genitori (1).

1. — Questo articolo non fa se non consacrare un principio di morale, che veruno certamente avrebbe il pensiero di contrastare; ma noi non sappiamo vederne la sua utilità nei testi del dritto positivo. Le conseguenze più o meno estese che il legislatore civile intende indurre dal rispetto dovuto ai genitori dai figli, egli deve con regole precise formularle, in luogo di abbandonarle all'arbitrio ed al capriccio di chicchessia, con principi che la loro estrema generalità rende compiutamente sterili e quasi insignificanti.

Pertanto, prima della legge del 17 aprile 1832, nel mentre che la più parte degl' interpreti davano al nostro articolo l'effetto d'impedire l'arresto personale contro i genitori, alcuni rigettavano questo preteso risultato; altri, al contrario, voleano che l'arresto personale non potesse adoperarsi neppure contro un ascendente, qualunque si fosse; altri, sull'autorità del dritto romano, sosteneano che uu discendente creditore del suo ascendente non potesse mai espropriare

costui per intero; altri, sempre sull'autorità del dritto romano, e traendo le conseguenze dal principio sì elastico del nostro testo, diceano che un discendente non potesse mai intontare contro il suo ascendente un'azione qualunque, senza esservi autorizzato dal presidente del tribunale, ecc. Lo art. 19 della testè citata legge è per buona ventura venuto a dichiarare formalmente che lo arresto personale non si possa oramai pronunciare contro verun ascendente, e dà a questa regola un effetto retroattivo ordinando che le sentenze che l'avessero ammessa rimarran senza esecuzione, e che le esecuzioni già incominciate cesseranno immediatamente (2).

Adunque, lodando pure i redattori del Codice di avere scritto questo sacro principio in capo al loro titolo, è forza riconoscerlo al tutto insignificante in dritto, o non dedurne verun'altra conseguenza giuridica, tranne quella che fosse espressa da un testo positivo. Questa insignificanza diviene d'altra parte evidente per questa sola considerazione, che il nostro articolo, non che l'articolo seguente, ed il titolo tutto quanto, non si occupa so non dei genitori; laddove evidentemente a tutti gli ascendenti deve il figlio onore e rispetto. Che se si pretendesse che per genitori l'articolo intenda in effetti tutti gli ascendenti, ne seguirebbe questa conseguenza, che il figlio è sottomesso dall' articolo seguente all'autorità di tutti i suoi ascendenti; ora, è risaputo che la cosa non istà pnto così.

372 [288]. — È soggetto alla loro autorità sino a che sia fatto maggiore, o sino alla sua emancipazione.

373 [289]. — Durante il matrimonio questa autorità è esercitata del solo padre (3).

(1) L'articolo 287 delle nostre leggi civili fu redatto nel seguente modo — « Il figlio deve onorare e rispettare i genitori, qualunque sia la sua età ed il posto che occupi nella società ». Qualunque sia il posto che un figlio occupi nella società non può non sentir le voci della natura che gli comandano rispetto ed onore agli autori del giorni suoi: *honora*, si legge nella legge divina, *Exod. cap. 20, v. 12, patrem et matrem tuam, ut sis longaevis super terram.* (Nota del traduttore.)

(2) Ciò che in Francia venne prescritto colla legge del 17 aprile 1832, appo noi lo fu coll'articolo 4932 delle leggi civili, nel quale si legge — « L'arresto personale potrà convenirsi per qualunque debito e tra qualsivoglia persone, fuorchè tra ascendenti e discendenti, tra fratelli e sorelle, tra zii e nipoti e tra coniugi e generalmente non potrà convenirsi a danno delle donne ». (Nota del traduttore.)

(3) Ecco la lezione di questi due articoli nelle nostre leggi civili — « 288. È soggetto alla loro autorità il figlio. *Marcadé T. I.*

» autorità per gli effetti determinati dalla legge, » sino a che non giunga agli anni venticinque » compiti, o non sia emancipato prima di questa » età, o abbia contratto matrimonio, o viva con » casa ed economia separata.

» 289. Quest'autorità è esercitata dal solo padre durante il matrimonio. Essa si estende su » i figli legittimi, su i legittimati per successione » e al matrimonio, e su gli adottivi ».

Il figlio presso noi giunto alla maggiore età diventa *sui iuris*, meno però per gli effetti determinati dalla legge, i quali o riguardano il matrimonio (art. 163), o l'adozione (art. 270), o gli atti di alienazione del patrimonio non acquistato colla propria industria (art. 295). Le parole che completano l'art. 288 *etiam con casa ed economia separata* riproducono la disposizione della leg. 1.ª cod. lib. VIII tit. 47, nella quale si riconosce la emancipazione tacita: « Si filium tuum in potestate tua esse dicis, Praeses provinciae actum habet, an audire te debeat: cum diu passus sis,

I. — La patria potestà si appartiene solo a' genitori, ma ad entrambi congiuntamente. Il dritto è comune all'uno ed all'altro; soltanto l'esercizio di questo dritto è esclusivamente dato al padre, capo della società coniugale. Ma, beninteso, la legge non ha scritto il nostro articolo se non pe' casi ordinari e parlando *de eo quod plerumque fit*; se qualche circostanza eccezionale, come la presunzione di assenza del padre (art. 141 [145]), la sua interdizione giudiziaria o legale (art. 502 [423] C. civ.; 29 [14] C. pen.), o una condanna correzionale per eccitazione de' suoi propri figli alla dissolutezza (C. p., art. 335 [332] [1]), privasse questo padre dell'esercizio della patria potestà, questo esercizio si apparterebbe alla madre. L'idea contraria di Proudhon, il quale vuole che la madre non possa mai esercitare l'autorità se non dopo la morte del padre (1), p. 241 245), è un errore condannato da tutti gli autori (2).

374 [290]. — Il figlio non può abbandonare la casa paterna senza il permesso del padre, fuorchè per causa di volontario arrociamento dopo compiuti gli anni dieotto (5).

» *ut patris familias res eius agi per eos, qui tenent matris inlores nominati fuerunt* ».

Le parole poi dell'art. 289 — *essa (l'autorità paterna) si estende su i figli legittimi, su i legittimati per susseguente matrimonio, e su gli adottivi* — le quali non si leggono nel rispondente articolo francese, hanno dato luogo a varie difficoltà e fra l'altre a quella di sapere se il figlio adottivo debba pel suo matrimonio richiedere il consenso (potendo l'adottato per noi essere anche minore) al suo padre adottivo o al naturale. Il processo verbale delle discussioni del Supremo Consiglio di Cancelleria diceva: « l'adottivo rimane nella sua famiglia naturale per quanto si estendono i doveri di devozione verso gli autori de' suoi giorni, il dritto vicendevole di successione e l'obbligo degli alimenti; ma che sembrava giusto dover la patria potestà riseder presso l'adottante, alla cui fortuna si unisce l'adottato, come — che conservi i propri dritti nella famiglia naturale: l'adozione aver luogo per migliorare lo stato della persona che si adotta e quindi l'educazione dover esser regolata dall'adottante, e rispetto agli atti della vita civile, il figliuolo dover reputare sottoposto alla potestà del medesimo. Il Gagli (osservazioni al Demante, pag. 264 e 266) ed il Miraglia nel suo commentario alle leggi civili, pag. 290 nota (2) adottano questi principi e dicono — che la potestà civile si esercita dall'adottante, ed egli deve dare il consenso al pel matrimonio dell'adottivo, che nei contratti di cui è parola nell'articolo 295. Noi non sappiamo adottare queste opinioni, sia perchè lo art. 272 dice che — l'adottato rimarrà nella sua famiglia naturale e vi conserverà tutti i suoi dritti, sia anche perchè iura sanguinis nullo alio iure perimunt. Una Istruzione Ministeriale de' 30 marzo 1838 indiritta al Procurator regio in Salerno ritenne perfettamente la nostra opinione. (N. del tr.)

I. — La disposizione di questo articolo è stata modificata dalla legge del 21 marzo 1832; secondo l'art. 32 di questa legge, non più a diciotto anni, ma a venti soltanto, il figlio poteva lasciar la casa paterna, in dissenso del padre, per ingaggiarsi. Un decreto del 13 luglio 1848 ridusse da 18 anni a 17 l'età richiesta per l'ingaggio volontario (nell'armata di terra, chè per l'armata di mare l'età di 16 anni era già sufficiente); ma lasciò sussistere la necessità del consenso del padre fino a 20 anni.

Egli è chiaro che qui ancora, se la legge parla unicamente del padre, lo è perchè prevede i casi ordinari e suppone che vi sia matrimonio e che il padre abbia l'esercizio della patria potestà; ma ove questo esercizio appartenesse alla madre, per una delle circostanze eccezionali indicate di sopra, o perchè il padre fosse morto, la regola sarebbe evidentemente la stessa. Così starebbe la cosa, anche quando la tutela, aperta per la morte del padre, non appartenesse alla madre superstita; chè l'attribuzione ad un terzo, del potere tutelare, non toglie la patria potestà al superstita dei genitori. Solo in man-

(4) L'articolo 332 delle nostre leggi penali punisce con pena criminale, con la reclusione, nonchè con la privazione di ogni dritto che deriva dalla patria potestà, il genitore che ecciti, favorisca, o faciliti la prostituzione, o la corruzione de' suoi figli. (Nota del traduttore).

(2) Pothier (*delle Pers.*, part. 3, t. 6, s. 3), Vazeille (*del Matr.*, II, p. 405), Dalloz (*v. Patr. Potest.*), Valette (*sopra Proudhon*), Almonard (II-1071), Demolombe (VI-296).

(3) L'articolo 290 delle nostre leggi civili si legge modificato nel seguente modo: « Il figlio non può abbandonare la casa paterna finchè sia soggetto all'autorità de' genitori, a termini dell'articolo 288. La figlia non può abbandonarla, se non quando vada a marito.

Nel caso che giuste cause rendessero necessaria o evidentemente utile la separazione, il giudice di circondario, presi senza forma giudiziaria i rischiarimenti necessari, potrà ordinare quel che convenga. La sentenza non esprimerà i motivi della determinazione ».

Un decreto poi de' 14 luglio 1838 venne a stabilire per la figlia nubile, tuttocchè maggiore, le seguenti disposizioni:

» Art. 1. Anche dopo la maggioranza della figlia, » la madre potrà per giusti motivi chiedere che la medesima passi a dimorare in alcun conservatorio. Il tempo della dimora sarà determinato dalla prudenza del magistrato.

» 2. La madre sopravvissuta al padre e non rimaritata potrà esercitare lo stesso dritto. Occorrerà però l'avviso di due dei più prossimi parenti paterni; ed in loro mancanza, di due amici.

» 3. Le forme, secondo le quali dovrà procedersi, e le autorità che dovranno emettere gli ordini corrispondenti, sono quelle indicate negli art. 304, 305 e 309 delle leggi civili ». (N. del tr.)

canza del padre e della madre, ossia quando entrambi i genitori sono morti o quando essendo morto l'uno, l'altro è privato per una causa qualunque dello esercizio della patria potestà, allora soltanto un dritto, derivante da tal potestà, può passare al tutore. Adunque, quando un figlio sarà sottomesso ad un tempo e alla potestà del superstite de' suoi genitori, ed alla tutela di un'altra persona, questo figlio, sebbene abbia in tal caso la sua dimora giuridica, il suo domicilio, presso il tutore, avrà sempre la sua dimora di fatto, la sua residenza, presso il genitore superstite, e sol col consenso di costui potrà lasciare la casa paterna. Pertanto il testè citato art. 32 della legge del 23 marzo indica come persone che possano permettere l'ingaggio del figlio al di sotto di venti anni, in prima il padre; indi, in mancanza di lui soltanto, beninteso, la madre; da ultimo infine, in mancanza di entrambi, il tutore autorizzato da una deliberazione del consiglio di famiglia.

Del rimanente, se, nell'interesse del paese e per servir la patria, il figlio può abbandonare la casa paterna in dissenso de' suoi genitori, è chiaro che il potrebbe ancora, e con più ragione, se la morale o l'umanità comandasse di autorizzarlo. Se quindi i genitori

fossero abbastanza snaturati da darsi su' loro figli ad eccessi intollerabili o da spingerli essi stessi all'immoralità, è evidente che i tribunali potrebbero e dovrebbero strappar loro le vittime e modificare a seconda del bisogno e delle circostanze, il potere di cui facessero un uso sì contrario alle vedute del legislatore. I principii del dritto naturale e le disposizioni degli art. 267, 302 [232], C. civ., 335 [332] C. pen., motivano abbastanza questa decisione perchè non sorga a veruno il pensiero di contrastarla (1).

315 [303]. — Il padre avendo gravi motivi di malcontento per la condotta di un figlio avrà i seguenti mezzi di correzione.

316 [303]. — Se il figlio non sarà ancor giunto al principio dell'anno sedicesimo di sua età, il padre potrà farlo tenere in arresto per un tempo non maggiore di un mese, ed a tale effetto, il presidente del tribunale del circondario, dovrà ad istanza del padre, rilasciare il decreto di arresto.

317 [303]. — Dall'incominciamento dell'anno sedicesimo sino alla maggiore età, od alla emancipazione, il padre potrà soltanto

(1) Ciò che l'autore trae per illazione dalle disposizioni del Codice francese, per noi sta testualmente espresso nel secondo comma dell'art. 290 delle leggi civili. Vedi detto articolo che abbiamo riportato nella nota precedente.

Le disposizioni poi contenute nel nostro articolo 291 delle leggi civili, si leggono modificate nell'articolo 389, 1° comma del codice napoleone sotto il titolo della tutela: detto articolo nelle nostre leggi si legge così — « Il padre durante il matrimonio è l'amministratore de' beni de' figli minori. Con tal qualità egli potrà alienare i beni mobili, per impiegarne utilmente il prezzo. A questo articolo 291 ne segue uno tutto nuovo che non trova rispondenza nel Codice francese, rodato nel seguente modo: — « Egli (il padre) non potrà accettare un'eredità devoluta al minore, altrimenti che col beneficio dell'inventario: non potrà però ripudiarla senza l'approvazione del tribunale civile.

» Non potrà anche ipotecare o alienare i beni immobili de' figli minori, se non per necessaria ed urgente cagione, e coll'approvazione del tribunale civile ».

Le altre disposizioni degli articoli 293 e 294 delle nostre leggi civili si rinvencono, anche modificate negli articoli 389 2° comma e 390 del codice francese, anche sotto il titolo della tutela. Gli articoli poi 295, 296 e 297 sono all'intutto nuovi nelle nostre leggi, e non hanno affatto riscontro nelle leggi francesi. Essi stanno scritti così:

» Art. 295. — Il figlio tuttocchè maggiore, pria che giunga agli anni venticinque compiuti, avrà bisogno del concorso del padre nell'atto, o del suo consenso in iscritto, allorchè vorrà:

- » 1. ipotecare, donare o alienare gl'immobili non acquistati colla propria industria;
- » 2. prendere donari o generi a mutuo, anche sotto l'aspetto di altro contratto qualunque;
- » 3. riscuotere capitali non acquistati colla propria industria, e farne quietanza.
- » 296. — Se il padre ricusa di autorizzare il figlio maggiore a qualche atto, questi potrà far citare direttamente il padre innanzi il tribunale civile, il quale può accordare o negare la sua autorizzazione, dopo che il padre sarà stato sentito, ovvero legalmente chiamato alla carica del consiglio.
- » 297. — Se il creditore dimostri che il mutuo fatto al figlio si è convertito in utilità del medesimo, avrà diritto a dimandarne la restituzione, ne, tuttocchè non vi sia intervenuta l'autorizzazione del padre ».

È utile però qui avvertire come la disposizione dell'articolo 295 non si applica agli affari di commercio, pe' quali sono valide le obbligazioni del figlio anche minore di anni ventuno: vedi gli articoli 440, 1262 delle leggi civili, e 6 e 7 delle leg. di eccez.

Inoltre è a notarsi come la nostra Corte suprema con arresto del 8 luglio 1845 (causa de Jorra ed Arene) decise che la disposizione dell'articolo suddetto, la quale vieta al figlio di contrarre un mutuo, debba estendersi anche a quel figlio il quale pria della sua maggioranza fosse stato emancipato o vivesse con casa ed economia separata, giusta l'articolo 288 delle leggi civili.

Infine avvertiamo che gli articoli 298, 299, 300, 301 e 302 che seguono i precedenti, rispondono agli articoli 384, 385, 386, 387 e 375 del Codice napoleone, sotto i quali articoli ne noteremo le differenze. (Nota del traduttore).

domandare la detenzione del figlio per sei mesi al più; a quest'effetto si rivolgerà al presidente del detto tribunale, il quale dopo di aver conferito col procuratore dell'impero, rilascerà o riuscherà l'ordine dell'arresto, e potrà nel primo caso, abbreviare il tempo della detenzione richiesta dal padre.

378 [305]. — Nell'uno e nell'altro caso, non avrà luogo veruna scrittura, o formalità giudiziale: il solo ordine d'arresto sarà ridotto in iscritto, senza esprimerne i motivi.

Il padre sarà soltanto tenuto a sottoscrivere ad un atto con cui si obblighi di pagare tutte le spese, e di somministrare i congrui alimenti.

379 [306]. — È sempre in facoltà del padre di abbreviare il termine della detenzione da essolui ordinata o richiesta. Se il figlio dopo essere stato posto in libertà ricade in nuovi travimenti, la detenzione potrà nuovamente ordinarsi nel modo prescritto negli antecedenti articoli.

380 [307]. — Se il padre è rimaritato, sarà obbligato, all'oggetto di ottenere la detenzione del figlio del primo letto, di conformarsi all'articolo 377 [304], quand' anche questi non fosse giunto all'età d'anni sedici.

(1) Ecco la lezione de' rispondenti articoli delle nostre leggi civili, i quali nel fondo sono affatto uniformi.

» Articolo 303. — Se il figlio non ha compiuto l'anno quindicesimo, potrà il padre farlo tenere in arresto per un tempo non maggiore di un mese. Il presidente del tribunale civile della provincia o valle, sulla richiesta del padre dovrà ordinarlo.

» 304. — Dal cominciamento dell'anno decimosesto sino alla maggiore età, o sino alla emancipazione che possa aver luogo prima di tale età, il padre potrà domandare l'arresto del figlio per sei mesi al più. Il presidente del tribunale dopo di aver conferito col procuratore regio, accorderà o negherà l'ordine dell'arresto, e potrà nel primo caso abbreviarne la durata.

» 305. — Nell'uno e nell'altro caso non avrà luogo scrittura o formalità alcuna; il solo ordine di arresto sarà ridotto in iscritto senza esprimerne i motivi.

» Il padre sarà soltanto tenuto a sottoscrivere un atto con cui si obblighi di pagare le spese e somministrare i congrui alimenti.

» 306. — È sempre in facoltà del padre l'abbreviare la durata dell'arresto da lui ordinato o richiesto. Se il figlio messo in libertà ricade in nuovi travimenti, può nuovamente essere

381 [308]. — La madre sopravvivenza e non rimaritata non potrà far arrestare un figlio, se non coll'assenso de' due più prossimi parenti e mediante istanza in conformità dell'articolo 377 [304].

382 [309]. — Quando il figlio avrà beni propri, od eserciterà una professione, non potrà aver luogo il di lui arresto, se non mediante un'istanza nella forma prescritta nel citato articolo 377 [304], quand'anche il figlio non fosse ancora giunto all'età d'anni sedici.

Il figlio arrestato potrà indirizzare una memoria al procuratore dell'impero presso il tribunale d'appello. Questo procuratore se ne farà render conto da quello di prima istanza e farà la sua relazione al presidente del Tribunale d'appello, il quale dopo di averne data notizia al padre, e dopo di avere raccolte tutte le informazioni, potrà revocare o modificare l'ordine rilasciato dal presidente del tribunale di prima istanza (1).

SOMMARIO

- I. Diritto di correzione. Esso è la conseguenza del diritto di educazione.
- II. Secondo quali regole viene esercitato dal padre.
- III. Quando e come la madre lo esercita.
- IV. Regole comuni ad ambo i casi. Errore del Zachariae e del Demanlo.

I. — L'autorità de' genitori, il loro diritto di regolare e dirigere la condotta del figlio,

» arrestato colle regole prescritte negli antecedenti articoli.

» 307. — Se il padre è passato a seconde nozze, per ottenere l'arresto del figlio del primo letto dovrà conformarsi all'articolo 304, quand'anche il figlio non fosse pervenuto all'anno decimosesto.

» 308. — La madre sopravvivenza e non rimaritata non potrà fare arrestare il figlio, se non coll'assenso de' due più prossimi parenti paterni e mediante istanza, conformemente all'articolo 304. (Questo diritto compete alla madre anche quando il marito è assente. Vedi l'art. 445 II. cc.)

» 309. — Quando il figlio avrà beni propri, o eserciterà una professione, non potrà aver luogo il di lui arresto, se non per mezzo di una istanza nella forma prescritta nell'articolo 304, anche quando non fosse giunto all'età di sedici anni. » Il figlio arrestato potrà indirizzare una memoria al regio procuratore presso la Gran Corte civile.

» Costui si farà render conto dell'affare dal procuratore regio del tribunale civile, e ne farà relazione al presidente della Gran Corte civile, il quale, dopo di averne data notizia al padre, ed aver prese le convenienti informazioni, potrà revocare o modificare l'ordine dato dal presidente del tribunale civile. (Nota del tradut.)

rimarrebbe inefficace, se essi non potessero infliggere a costui delle punizioni più o meno severe, secondo la gravità delle colpe da lui commesse: il dritto di correzione è la conseguenza del dritto di educazione. A questo dritto di correzione consacra la legge i nove articoli da noi riferiti.

Il dritto di correzione, corollario forzoso della patria potestà, appartiene a quello fra i genitori, qualunque si sia, che esercita questa potestà; ma è ben più ristretto per la madre di quello che lo è pel padre. Vediamo in prima ciò che esso è nelle mani di quest'ultimo.

II. — Il dritto di far detenere il figlio è esercitato dal padre, sì per via di autorità, sì per via di domanda soltanto. La detenzione per via di autorità non è possibile se non sotto queste quattro condizioni: 1.° che il figlio non sia proprietario; 2.° che non eserciti una professione; 3.° che il padre non sia attualmente maritato in seconde nozze, o per susseguente matrimonio; 4.° infine, che il figlio abbia meno di sedici anni *incominciati*, il che significa, nel linguaggio ordinario, *che non abbia quindici anni*; ch'è un figlio di quindici anni è colui che ha compiuti quindici anni della sua esistenza ed è entrato nel sedicesimo. (Art. 376, 377, 380, 382 [303, 304, 307, 309]).

Laonde, 1.° quando il figlio ha quindici anni; indi, qualunque sia la sua età; 2.° quando ha beni personali; 3.° quando esercita una professione, e 4.° quando il padre divenuto vedovo è attualmente ne' legami di una nuova unione, questo figlio non può esser detenuto se non per via di domanda. Diciamo *attualmente*, che se il padre rimaritato fosse ridivenuto vedovo, l'influenza di una madrigna non essendo più a temersi contro il figlio, non vi sarebbe più luogo ad applicare l'art. 380 [307]. Questa idea, che non era stata mai contrastata da verun autore, lo è stata dal Demolombe (VI-324); ma l'opinione dell'onorevole professore ci sembra contraria al pensiero ed al testo della legge. Da un canto, infatti, una seconda vedovanza dà; diffinitivamente, la stessa libertà e la stessa indipendenza di una prima; e dall'altro il testo, e con esso tutti i luoghi de' lavori preparatorii, non parlano se non del coniuge *che è rimaritato*, de' genitori *rimaritati*, e non mai di quello che s'è rimaritato o di quelli che *si sono rimaritati* (Fenet, X, p. 520, 529, 530, 542) (1).

Nella detenzione per via di autorità, il padre è il solo giudice de' suoi motivi, non è tenuto a sottometterli al presidente del tribunale, che deve sempre, dice l'art. 376 [303],

rilasciar l'ordine di arresto, sulla domanda che gliene vien fatta. E poichè il padre è egli solo in questo caso giudice dei motivi, ne segue che il presidente non potrebbe recusar l'ordine, neppur quando sapesse in un modo certo che questi motivi non hanno veruna gravità; il padre sarebbe legalmente presunto di aver altre ragioni che non voglia far conoscere a veruno. Ei sarebbe ben altrimenti, se fosse *evidente* che le cause gravissime richieste dall'art. 375 [302] all'intutto non esistessero; se, per esempio, l'età del figlio non fosse che di quattro o cinque anni. La domanda del padre non costituendo in questo caso se non un atto irragionevole, sarebbe pel presidente, non già una facoltà, ma un dovere di non tenerne conto.

Quando, per contrario, il padre non fa che richiedere la detenzione, il presidente è il solo giudice della quistione; spetta a lui, dopo di aver esaminato i motivi della domanda e di essersi illuminato sull'avviso del procuratore dell'impero, di accordare o di recusare l'ordine di arresto; a lui quindi spetta ancora di fissar la durata della detenzione, senza poter mai oltrepassare il *maximum* autorizzato dalla legge.

Del resto, sia che abbia ottenuta la detenzione, sia che l'abbia semplicemente domandata, il padre è sempre libero di farla cessare. Ma è ben chiaro che, quando il figlio è in tal guisa sprigionato sulla domanda del padre, ed anche quando esce senza che la sua detenzione sia stata abbreviata, il padre può per nuovi trascorsi farlo detenere una seconda volta, e ciò, sempre secondo le regole, ossia o per via di domanda, o per via di autorità, secondo la distinzione fattane precedentemente (art. 379 [306]).

Tuttavia, quest'ultima idea non sembra ammessa senza difficoltà da tutti i giureconsulti. Il Demante (t. I, n. 374) pone in quistione se, sol perchè si tratti di recidiva, il padre non sarebbe sempre forzato ad agire per semplice via di domanda, e sotto l'obbligo per lui di provare i nuovi travimenti del figlio. Noi confessiamo che questo punto non è per noi una quistione, e che la negativa non ci sembra mica dubbia. Chè, non per una volta soltanto, sebbene in un modo assoluto e per tutti casi in cui il padre avrà gravissimi argomenti di malcontento, l'art. 376 [303] gli permette di far detenere, senza indicare i suoi motivi, il figlio dell'età minore di quindici anni. Ed infatti, se la legge ha creduto potersi confidare a' sentimenti del padre, se ha presunto che solo per giuste ragioni egli si determinerebbe ad una misura sì severa,

(1) Toullier (II-658), Proudhon (II-246), Duranton (III-255), Demante (I-375), Vazeille (II-

424), Zachariae (III, p. 677), Toullier (4, p. 484).

perchè questa fiducia e questa presunzione non si hanno da applicare ad una seconda detenzione al pari che alla prima?... La legge si è qui occupata delle diverse ipotesi possibili con troppa precauzione, perchè si possa accusarla d'impresvidenza e cercare delle modificazioni a' suoi testi; il solo caso in cui la legge non suppone più nel padre la stessa tenerezza e la stessa imparzialità, si è, come dice l'*Esposizione de' motivi*, quello in cui egli si sia rimaritato (Fenet, t. X, p. 510). Se il legislatore avesse ancora voluto restringere l'autorità del padre, quando si trattasse di una seconda detenzione, non avrebbe al certo mancato di dirlo.

Ma perchè, se è in questo art. 376 [303] che trovasi, come diciamo, il dritto di una detenzione susseguente al pari del dritto di prima detenzione, perchè trovasi nel nostro articolo 379 [306] una frase speciale scritta espressamente per questo caso?... Basterebbe in prima rispondere che questa frase è stata qui rigettata per abbracciare ad un tempo e la detenzione per autorità e quella per domanda, indicate l'una dallo art. 376 [303], e l'altra dall'art. 377 [304]. Le due regole dell'articolo 379 [306], come le due dell'art. 378 [305], si applicano evidentemente tutte e quattro all'una come all'altra detenzione. Ma v'ha inoltre, una considerazione storica che spiega questa circostanza e dimostra la verità della nostra dottrina; essa è che, nel progetto, il nostro articolo che era allora l'art. 3 e che solo si occupava della durata della detenzione, voleva senza veruna considerazione di età, 1.° che questa detenzione potesse essere di sei mesi per la prima volta, e di un anno in caso di recidiva, sempre per via di autorità; e 2.° che il padre potesse sempre abbreviarla. Fu mantenuto l'articolo conservando identicamente la seconda regola, che è divenuta la prima, e mettendo l'altra in armonia con la distinzione proclamata dai due art. 376 e 377 [303 e 304].

Infine, gli articoli precedenti, acull'articolo 379 [306] rimanda, parlando in plurale, son necessariamente gli art. 377 e 376 [304 e 303], che presentano i due differenti modi di detenzione. Non possono essere gli art. 377 e 378 [304 e 305], poichè quest'ultimo non presentando se non un'idea comune a' due casi di detenzione, non avea d'uopo di esser rammentato: di tal che il legislatore, se avesse voluto escludere, pel caso di recidiva, il modo di autorità stabilito dall'art. 376 [303], avrebbe necessariamente detto, in singolare, conformemente all'art. 377 [304].

Adunque, e il testo della legge, e il suo spirito, e i suoi lavori preparatori, tutto si riunisce per fissare il punto che ci occupa.... Il Demolombe (VI-343) adatta qui pienamente la nostra decisione nonchè i motivi.

mente la nostra decisione nonchè i motivi.

III. — In quanto alla madre, sia che agisca durante il matrimonio (perchè il padre fosse interdetto, presunto assente o privato con sentenza giudiziaria della patria potestà), sia che eserciti l'autorità dopo la morte del marito, non può mai far detenere il figlio, di qualunque età si sia, se non per via di domanda; l'è uopo ancora che non sia maritata in seconde nozze, e che ottenga il concorso de' due più prossimi parenti paterni del figlio. Noi diciamo che è così, tanto quando il padre esiste ancora, quanto allorchè la madre è vedova, tuttochè l'art. 381 [308] parli soltanto di quest'ultimo caso, sendo, in effetti, il carattere della madre egualmente debole in un caso come nell'altro. Se adunque quest'art. 381 non cita se non la madre superstite, questo è perchè esso si occupa soltanto de' *eo quod plerumque fit*, come ha fatto l'art. 373 e come farà in seguito l'art. 384: il primo di questi articoli avendo dichiarato (per principio e senza prevedere il caso di eccezione) che il padre *solamente* esercita l'autorità durante il matrimonio, il nostro articolo egualmente non considera quest'autorità nella madre se non dopo lo scioglimento del matrimonio.

Del resto, la regola che esige per la madre il concorso dei due più prossimi parenti paterni deve intendersi ragionevolmente. Pertanto, se i due più prossimi parenti paterni dimorassero ad una grandissima distanza, basterebbe il concorso de' due parenti più remoti in grado e dimoranti sopra luogo; che se il figlio non avesse alcun parente paterno, basterebbe il concorso di due de' membri del consiglio di famiglia, che sostituiscono questi parenti paterni; chè come si è già veduto, questo consiglio, anche quando è composto di estranei costituisce, in quanto all'amministrazione della persona e de' beni del fanciullo, la sua parentela legale. Ma che deciderebbesi se, in questo caso di assenza di genitori paterni, non vi fosse neppur consiglio di famiglia? Per esempio, se non già la morte del padre, ma la sua interdizione, avesse attribuito alla madre l'esercizio della patria potestà; la tutela non aprendosi se non colla morte dell'uno de' coniugi (art. 390), ed il figlio, quindi, non avendo in questo caso consiglio di famiglia, come la madre agirebbe mai?

Il pericolo che la legge vuol prevenire nel richiedere il concorso di due parenti è indipendente dal punto di sapere se esistano o non esistano parenti; e quindi non si può allora permettere alla madre di agir da sè sola, come pretendono alcuni giureconsulti, soprattutto Toullier (I, p. 485), non potendosi privarla assolutamente del dritto di correzio-

ne, come vuole Allemand (II-1091). Evidentemente si è questo il caso, per analogia dell'art. 409 [330], il quale permette di sostituire ai parenti persone conosciute per aver avute delle relazioni di amicizia con l'autore i cui parenti mancano, di esigere il concorso di due affini o amici del padre (1).

E non soltanto per far detenere il figlio la madre ha d'uopo del concorso di due parenti o amici, ma eziandio, secondo noi e malgrado l'opinione contraria di Zachariae (III, p. 679), Valette (II, p. 247), e Demolombe (VI-356), per farlo uscire prima del tempo designato. La legge non si spiega su di ciò; ma all'oggetto il suo spirito ci sembra chiaro. In effetti, se una madre, dopo di aver fatto detenere il figlio, potesse renderlo da sé sola alla libertà, la si vedrebbe sovente, dopo una sola notte scorsa nelle lagrime e nel rammarico, usar prontamente di questa facoltà, domandare quasi scusa, con le sue carezze, ad un figlio che si riderebbe bentosto della di lei autorità, e trasformare per tal modo il suo potere protettivo in un'arma fatale e a lei ed al figlio medesimo. D'altra parte, i testi, senza spiegarsi positivamente, spondono tuttavia abbastanza lume sulla questione. Conciosiachè una volta che la madre, anche col concorso richiesto, non ha per la detenzione se non un dritto più ristretto di quello del padre, come avrebbe mai per la scarcerazione, un dritto eguale al suo, anche senza di questo concorso? . . . Se v'ha dunque un punto che potesse esser dubbio, sarebbe piuttosto quello se, nel silenzio della legge, il dritto di scarcerazione non dovesse esser rifiutato alla madre malgrado il concorso dei due parenti, come in effetti pensava Prondhon. Ma come la è questa nostra disposizione tutta d'umanità; come peraltro la facoltà è unita dalla legge al semplice dritto di far detenere con domanda, dritto che appartiene alla moglie, con la condizione del concorso dei parenti; come infine, mercè tal concorso, questa facoltà non presenta verun pericolo, così non pensiamo che la legge abbia inteso ricusarla alla madre sotto questa condizione.

Quando la madre è attualmente rimaritata, non può mai detenere il figlio, con qualunque mezzo si sia. La legge, che teme pel padre medesimo l'influenza di una seconda moglie, e che restringe il suo dritto nel caso di un secondo matrimonio, doveva temere ben più l'influenza di un secondo marito; e poichè non accordava alla madre, anche quando è indipendente, se non una potestà limitatissima, doveva toglierla all'intutto quando pas-

sava a seconde nozze. Pertanto, solo alla madre non rimaritata lo art. 381 [305] accorda i dritti, già molto ristretti, di cui abbiamo parlato. Che se il secondo marito morisse, la madre ricupererebbe il suo dritto, non essendo più da temere l'influenza di questo secondo marito (2).

IV. — Fra le regole a cui la legge sottopone la detenzione del figlio, ce ne ha alcune che non variano mai e che rimangono le stesse, senza considerazione del punto di sapere se è il padre o la madre che esercita l'autorità.

Laonde, 1.° la detenzione di un figlio in età minore di quindici anni non può mai durare più di un mese; pel figlio più provetto in età, può estendersi fino a sei mesi. — Il Zachariae insegna (III, p. 677, 678) che il massimo di sei mesi è autorizzato tutte le volte che la detenzione ha luogo per via di domanda. Questa dottrina ci sembra un errore evidente. Gli art. 380, 381 e 382 [307, 308 e 309] non rimandano all'art. 377 [304] se non per la forma da seguire, per la necessità della domanda, e non per la durata della detenzione. E doveva esser così. In effetti, il compimento del quindicesimo anno nel figlio arreca alla regola dell'art. 376 [303] due modificazioni: 1.° la possibilità di una detenzione più lunga, il che è fondato sulla possibilità di falli più gravi; 2.° la sostituzione del modo di domanda al modo di autorità, il cui motivo è che il figlio ha dritto a maggiori riguardi. Or, quando il padre è rimaritato, o agisce la madre, o il figlio ha dei beni ovvero una professione, ma da un altro lato questo figlio non ha ancora quindici anni, il primo di questi motivi non esiste più; la circostanza che il figlio ha dritto a maggiori riguardi, o che la posizione dell'autore fa nascere della diffidenza, motiva bene in tal caso la sostituzione del modo di domanda al modo di autorità; ma la possibilità di trascorsi più gravi non è più da addursi per motivare la maggior durata della detenzione. — Il Demolombe (VI-329) riproduce a tal riguardo la nostra dottrina.

2. La detenzione del figlio non è considerata dalla legge come una prigionia propriamente detta. Così, mentrèchè non si può mai incarcerare una persona se non in uno stabilimento che abbia il carattere legale di prigionia, il figlio può esser detenuto da per ogni dove; è appunto per dare ogni latitudine a questo riguardo, nella discussione al Consiglio di Stato, sulle osservazioni dei consoli Lebrun e Cambacérès, furono tolte

(1) Zachariae (III, p. 677), Valette (sopra Prondhon, II, p. 247), de Belleyme (Ord. sopra ref., I, p. 44), Demolombe (VI-353).

(2) Abbiamo additato al n. precedente la dottrina contraria e, secondo noi, inesatta del Demolombe.

dall'art. 376 le parole *in una casa di correzione* (Fenet, t. X, p. 506, 509, 510). Così pure, mentrechè la detenzione ordinaria non può farsi se non col ministero di un funzionario pubblico, e con un atto di carcerazione, ossia con un processo verbale redatto sul registro della prigione per comprovare la consegna del detenuto (art. 608-610 C. inst. crim. [393 e seguenti II. di pr. pen.]; 789, 790 C. pr. [873, 874 II. di pr. civ.]), quella del figlio, al contrario, si farà senza veruna specie di formalità, senza verun'altra scrittura all'infuori dell'ordine stesso di arresto, che non dovrà neppure indicare le cause della detenzione (art. 378 [305]). La legge non ha permesso, non ha potuto permettere, che una semplice punizione paterna imprimesse ad un figlio il titolo di prigioniero, e divenisse per lui un'onta incancellabile.

3.° Il padre (o la madre) che vuol far detenere il figlio deve sottoscrivere un'obbligo di pagare le spese a cui lo arresto e la detenzione potessero dar luogo, e sborsare anticipatamente una somma bastevole per fornire al figlio gli alimenti convenevoli. Diciamo che deve pagar gli alimenti anticipatamente; perchè, secondo noi; nel secondo comma dell'art. 378 [305], le parole *e di fornire* si riferiscono, non già alla parola *obbligazione*, ma alla parola *tenuto*. Infatti, gli art. 789-5°, 791 ed 800 [873-5°, 872, 883] del Codice di procedura esigono che il creditore che fa imprigionare il suo debitore consegna anticipatamente almeno un mese di alimenti; or, sebbene non vi sia un' analogia perfetta tra i due casi, queste ultime disposizioni ci sembrano provare abbastanza che il nostro articolo 378 [305] deve intendersi nel senso che noi gli diamo.

4.° Infine, quando il figlio ha beni personali od una professione, non solo non può esser detenuto se non per via di domanda, ma, di più, ha il dritto, quando l'arresto si è effettuato, d'indirizzare al procuratore generale una memoria tendente a far revocare, o modificare l'ordine del presidente del tribunale. Il procuratore generale si fa render conto de' fatti dal procuratore dell'impero e fa il suo rapporto al presidente della corte; costui può, dopo di averne avvisato il padre, perchè possa sottomettergli le sue osservazioni, abbreviare o far cessare la detenzione. Questo dritto di appello, al presidente della corte, della decisione del presidente del tribunale, non sospende l'esecuzione di questa decisione, poichè, secondo l'art. 382 [303], la memoria può indirizzarsi unicamente quando questa decisione si è provvisoriamente eseguita, quando il figlio è già detenuto. Si vede ancora, da questo istesso art. 382, che siffatto dritto non appartiene, se non al figlio

che abbia de' beni personali o che eserciti una professione, e che, negli altri casi di detenzione per domanda, l'ordine del presidente del tribunale rimane inoppugnabile.

Tuttavia, il Zachariae professa una dottrina contraria, ed in mancanza del testo della legge, che non potrebbe prestarsi alla sua interpretazione, egli si poggia sulle discussioni che ebbero luogo alla redazione del nostro titolo. Pertanto, malgrado il senso contrario de' nostri articoli, il dritto di appello per tutti i casi di detenzione per domanda sarebbe stato, secondo lui, nella volontà de' legislatori (*loco cit.*). Noi non sappiamo adottare siffatta idea. Ecco, in effetti, l'istoria succinta di ciò che seguì su tal punto.

Nella seduta del Consiglio di Stato dell'8 vendemmiale anno XI, si discusse il progetto de' nostri articoli, secondo il quale il padre, di qualunque età si fosse il figlio e senza verun'altra causa di distinzione, potea sempre farlo detenere per via di autorità. Il console Cambacérès censurò questo progetto. Egli volle in prima che ad una certa età il figlio non potesse più esser detenuto se non per via di domanda; indi aggiunse che « bisognerebbe limitare *ancor di più* il potere del padre quando il figlio ha ricevuto de' beni » dalla liberalità de' suoi parenti od amici, o « è pervenuto a procurarsene egli stesso col suo lavoro; che se questo figlio ha per padre un dissipatore, questi cercherà di spogliarlo e potrà vendicarsi de' suoi rifiuti » facendogli comprare la sua libertà; che « sarebbe giusto di autorizzare questo figlio a produrre ricorso avanti il presidente ed il commissario del tribunale di appello (il procuratore generale della corte) contro la decisione del presidente di prima istanza, » che sarebbe tuttavia eseguita provvisoriamente. » Questi emendamenti vennero adottati, e per conseguenza i testi del progetto furono modificati a norma di quelli. Gli art. 376 e 377 [303 e 304] (6 e 7 del progetto) furono redatti tali quali il Codice li presenta oggidì, salvo due cambiamenti posteriori che non toccano la nostra quistione. In quanto al nostro art. 382 [309] (art. 12 del progetto), non era così esplicito come al presente; esso dicea soltanto che *il figlio detenuto (avente beni personali) potrà indirizzare al commissario del Governo presso il tribunale di appello una memoria contenente i suoi mezzi di difesa*; ma non indicava punto lo scopo di questa memoria, il dritto che, nella mente de' redattori, darebbe al presidente della corte di revocare l'ordine de' primi giudici (Fenet, t. X, p. 496, 500, 501).

Tre giorni dopo questa discussione, l'11 vendemmiale, il progetto fu comunicato officiosamente al Tribunato. Quest'assemblea,

che non conosceva le osservazioni a cui lo art. 382 avea dato luogo, non comprese nè i motivi nè lo scopo della disposizione che permetteva al figlio proprietario d'indirizzare una memoria al commissario del Governo, e ne domandò la soppressione. Diceasi in sostanza: « Questa parte dello articolo non indica ciò che il commissario (il procuratore generale) dovrebbe fare. . . Senza dubbio gli autori del progetto non hanno avuto in mente d'introdurre un'istanza in cui il padre fosse obbligato di venire a giustificare la sua domanda. . . La memoria avrebbe adunque per unico effetto di richiamare, dal canto di questo commissario, una semplice sorveglianza tendente a non far commettere veruna vessazione. . . Ma, se la è così, nulla impedisce al figlio d'indirizzare una memoria in tutti i casi possibili, e quindi la disposizione è inutile e senza oggetto. . . Essa è anche pericolosa, in quanto si potrebbe far credere ai tribunali che si tratti di rivenerire sull'ordine rimesso dal presidente di prima istanza ». In conseguenza, la sezione propose di sopprimere la frase: *Il figlio detenuto potrà indirizzare, ecc.* (Fenet, t. X, p. 504, 505).

Si vede che il Tribunale s'ingannava sullo scopo della memoria e che la sua osservazione non poteva esser presa in considerazione dal Consiglio di Stato. Intanto, che accade? La disposizione che autorizzava questa memoria fu soppressa, come richiedesi? Lungi da ciò: le osservazioni del Tribunale produssero al contrario, dal canto del Consiglio di Stato, una dichiarazione nitidissima dello scopo incompresso, che avea la disposizione, di far modificare o anche rinvocare l'ordine del presidente di prima istanza.

Adunque, la legge si trova esser precisamente l'opposto delle osservazioni del Tribunale. Come, dunque, il Zachariae ha egli potuto scrivere che queste osservazioni ed i cambiamenti che han fatto fare nel nostro articolo provano che la disposizione di cui si tratta si applica a tutti i casi di detenzione per via di domanda?... Senza dubbio, se la memoria avesse avuto semplicemente per scopo, come pensava il Tribunale, di suscitare la sorveglianza del procuratore generale, essa sarebbe stata possibile in ogni detenzione per domanda; ma la memoria di cui parla il nostro articolo, una memoria che fa nascere, pel procuratore generale e pel presidente della corte, un dovere di revisione ed il potere di modificare o anche di revocare l'ordine del primo giudice, questa memoria, nel pensiero de' redattori, non era permessa se non al figlio che ha de' beni o che esercita una professione; e le osservazioni del Tribunale ed il cambiamento ch'esse hanno ope-

Marcadé T. I.

rato nel nostro articolo non che provare l'abbandono di questo pensiero dal canto de' redattori, provano, al contrario, che esso stava loro molto a cuore.

Pertanto, non è da dubitare che l'articolo 382 [309] sia stato discusso dal Consiglio di Stato, comunicato al Tribunale, e definitivamente redatto, col significato restrittivo che noi gli abbiamo attribuito, e che in effetti presenta.

Però egli è vero, che dopo la redazione definitiva, il Tribunale conservò una parte delle sue false idee, quella soprattutto che la regola dell'art. 382 era fatta per tutti i casi di detenzione per domanda. Il tribunale Alibisson, incaricato di recare al Corpo legislativo il voto del Tribunale, dicea: « Se il figlio ha meno di sedici anni incominciati, il padre può farlo detenere pel solo effetto della sua volontà. . . Dopo quindici anni ed un giorno, il padre può soltanto domandare la detenzione. . . Se il padre è rimaritato, non ha ancora che il dritto di domanda. . . Eguale restrizione egli ha se il figlio ha de' beni o se esercita una professione. . . La madre non ha del pari se non il dritto di domanda. . . In tutti i casi, il figlio detenuto può reclamare con una memoria, ecc. » (Fenet, p. 541, 542). Ma non bisognerebbe credere per questo, che il Consiglio di Stato avesse rinunciato al suo pensiero per ritornare a quello del Tribunale; non bisognerebbe creder neppure che il Governo non abbia ottenuto il decreto della legge, redatto quale noi lo abbiamo, se non mercè una specie di tranello, e tacendo avanti il Corpo legislativo il vero senso dello articolo, per lasciare scorgere soltanto quello che il Tribunale gli dava per errore. Tutto al contrario, l'oratore del Governo, incaricato di spiegare il progetto al Corpo legislativo, espresse nitidamente il senso che presenta la semplice lettura degli articoli, il senso che abbiamo indicato, il senso che i redattori han sempre dato a questa disposizione. Egli dicea: « Il progetto regola il potere del padre mercè considerazioni prese nell'età del figlio e nella sua situazione. Sarebbe tanto ragionevole di dare al padre il dritto di far imprigionare con la sua sola autorità un figlio di dodici anni, per quanto sarebbe ingiusto di lasciare a mo' di discrezione un giovanetto d'una accurata educazione. . . Il presidente ed il commissario del tribunale debbon essere dunque autorizzati a ponderare i motivi di un padre che vuol far imprigionare un giovanetto al di sopra di sedici anni incominciati. Fan mestieri delle precauzioni più severe ancora quando il figlio ha beni personali, o quando esercita una professione nella società. . . Ogni giustizia vuole, in quest'ultima

« ipotesi, che il figlio sia autorizzato a ricorrere al presidente ed al commissario del tribunale di appello contro, ecc. » (*Fenet*, p. 519 520).

Adunque, il senso che i nostri articoli presentano con molta naturalezza è ben quello con cui sono stati scritti, e dipoi proposti alla sanzione; e siamo maravigliati di vedere il Demolombe (VI-331) andare nell'opposta idea. L'onorevole professore d'altra parte presenta un'idea inesatta, quando dice che la nostra opinione si fonda unicamente su' lavori preparatorii. Si è testè veduto che essa si fonda soprattutto ed innanzi tutto sul testo della legge, che la dottrina contraria invece ha cercato nei lavori preparatorii un argomento per abbattere quello del testo; e ben per ritorcere questo argomento siam ricorsi noi stessi a processi verbali (1).

333 [310]. — Gli articoli 376, 377, 378 e 379 [303, 304, 305 e 306] saranno comuni al padre ed alla madre de' figli naturali legalmente riconosciuti.

SOMMARIO

- I. Diritto di correzione attribuito a' genitori naturali.
- II. Per principio non sono appartenenti alla madre se non la maternità del padre.
- III. È esclusione del pari a tutte le altre regole stabilite per la correzione de' figli legittimi, salvo la modificazione richiesta dalle circostanze. Errore del Duranton.
- IV. Non il solo diritto di correzione, ma il diritto di educazione nel suo insieme, appartiene a' genitori naturali. — Da chi sarebbe questo diritto esercitato.

I. — Si è rimproverato al Codice civile, e con molta ragione, di non essersi occupato abbastanza de' figli naturali: il vedremo, nel titolo seguente, serbare un silenzio completo sulla tutela di questi figli; qui la regola ch'esso adduce sulla patria potestà de' loro genitori è lungi dall'essere abbastanza chiara, e dà luogo a numerose questioni, sia tra i tribunali, sia tra gli autori.

Ciò che è certo, pel rinvio che il nostro articolo fa ai quattro art. 376 a 379 [303 e 306], si è che i genitori naturali possono far detenere i loro figli, sia per via di autorità, sia per via di domanda, secondo i casi (art. 376, 377 [303, 304]), senza che occorra veruna formalità all'infuori dell'ordine di arresto, della obbligazione sottoscritta di pagar le spese, e della consegna degli alimenti (art. 378 [305]); e possono sempre abbreviare la detenzione, come anche esigere o domandare una nuova detenzione in caso di nuovi trascorsi (art. 379 [306]).

II. — Ma in prima, come bisogna intendere la regola del nostro articolo? Questo

diritto di correzione è forse accordato soltanto ad ambo i genitori; di tal che non potrebbe esercitarsi se non da due autori, entrambi viventi, legalmente conosciuti, capaci ed agenti di comune accordo? ovvero appartiene disgiuntamente a ciascuno di questi genitori; in guisa che l'uno di essi, qualunque si fosse, potesse esercitarlo malgrado la presenza e l'inazione dell'altro? o, infine, appartiene a ciascuno sotto condizioni analoghe a quelle stabilite per gli autori legittimi; onde la madre non possa agire se non in mancanza del padre?... Quest'ultima idea ci sembra la sola vera.

E dapprima, non si vede veruna specie di ragione da parte del legislatore per sottoporre il diritto di correzione alla condizione del concorso de' due autori; è chiaro che la legge vuol dire che, quando un solo autore sarà conosciuto, egli potrà punire il figlio che il riconoscimento legale pone sotto la sua potestà, come può consentire o non consentire al matrimonio di lui (art. 149, 158 [163, 172]). La seconda delle tre idee di sopra esposte non ci sembra più ammissibile della prima. Il pensiero della legge non può essere quello di dare al figlio due capi, rivestiti, ciascuno in particolare, di un potere eguale e parallelo, e di cui l'uno potesse vietare ciò che l'altro comandasse. Adunque, sebbene non vi sia tra i due genitori naturali, come tra due coniugi, questa società legale che dà al marito superiorità nella moglie, pur tuttavia come esiste pure un figlio, oggetto comune della loro autorità, è ben forza che l'uno sia preferito all'altro per l'esercizio di questa autorità. La legge ci prova che siffatta è la sua idea quando vuole, che in caso di consenso al matrimonio, la volontà del padre naturale sia preponderante, come è la volontà del padre legittimo (art. 148, 158 [163, 172]). Questa prova ha tanto maggior forza per quanto il legislatore volendo sempre favorire il matrimonio e permetterlo il più ch'esia possibile, non avrebbe mancato, se avesse considerato i genitori come eguali in autorità, di contentarsi in tal caso del consenso dell'uno dei due autori, come fa pel consenso di una delle due linee. Egli è adunque certo, malgrado la dottrina contraria del Duranton (III-360), che, anche nel caso di filiazione naturale, l'autorità del padre la vince su quella della madre; quindi, la madre naturale potrà far detenere il figlio sol quando il padre fosse incognito, morto, assente, interdetto, o decaduto dalla patria potestà. La nostra idea è anche quella del Demolombe (VI-629).

Ecco ciò che ci sembra incontestabile per principio; ma ciò che fa uopo dire innanzi

(1) *Confr.* Maleville, Duranton (III-355), Char-

don (*Patr. potes.*, n. 29).

tratto ai è che questo principio potrà essere, e sarà sovente, in effetti, modificato dai tribunali che dovranno sempre determinarsi pel maggior interesse del figlio, come spiegheremo al n. IV.

III. — Intanto, come eserciterà la madre il suo dritto? potrà ella, come il padre, agir per via di autorità finchè il figlio non avrà quindici anni compiuti?... Il Duranton (t. III, n. 360) la pensa così, per la ragione che il nostro articolo non rimanda all'art. 380 [307], e perchè la madre naturale ha d'uopo, secondo lui, d'un' autorità maggiore della madre legittima. Ma queste ragioni sono evidentemente senza valore.

Infatti, è incontrastabile, ed il Duranton proclama egli stesso che la patria potestà è organizzata nell'interesse del figlio, e non dei genitori; se la è così, non bisogna affatto preoccuparsi del maggiore o minor bisogno di autorità nell'autore. La madre naturale, dite voi, è meno rispettata, la sua influenza è minore, quindi la sua autorità dev'esser più estesa.... Ma un padre naturale è ancora molto meno rispettato, molto meno influente d'un padre legittimo; dovrebbe adunque avere una autorità maggiore del primo. Similmente, su di un figlio, sia naturale, sia legittimo, la madre ha minore influenza del padre; adunque il potere della madre dovrebbe essere maggiore! Similmente ancora, il padre esercita molto maggiore influenza sul figlio di diciannove o venti anni; adunque dovrebbe avere un potere tanto più esteso, per quanto il figlio è più provetto in età! Infine il giovane che si vede proprietario di beni personali sarà naturalmente men sottomesso, più indipendente, più difficile a potersi guidare; dunque questa circostanza deve far dare ai genitori un potere più energico! Ciò è dire che il vostro principio mena precisamente a fare da per tutto e sempre l'opposto di ciò che ha fatto la legge... E dovea esser così, poichè questo sistema si preoccupa solo dei genitori, laddove il legislatore non intende preoccuparsi se non del figlio. Pertanto, in luogo di dire: La madre è più debole; adunque bisogna darle più autorità, il Codice dice: La madre è più debole, quindi offre minor garanzia, e però bisogna darle meno autorità... Questo punto di partenza della legge non potrebbe esser dubbio, e solo per inavvertenza il Duranton ha potuto perderlo di vista. Ora, è la madre naturale men debole della madre legittima? ha ella più energia nel ca-

ratere, più forza nella volontà?... Come dunque avrebbe un potere maggiore? Non vedesi forse che, come ha detto Delvincourt, ciò sarebbe immorale ed immoralissimo, nello stesso tempo che illogico e contrario alla teorica della legge?

Ma, diessi, il nostro articolo non rimanda all'art. 380 [307]. Ciò è vero. Ma non rimanda neppure all'art. 371 [387]; ne concludereste voi che il figlio naturale non debba onorare e rispettare i suoi genitori?... Esso non rimanda all'art. 372 [288]; ne concludereste forse che non già fino alla sua maggiore età o alla sua emancipazione rimanga egli sotto la loro autorità? Fino a quando dunque vi rimane egli?... E evidente che rimandando soltanto a quattro art. 376-379 [303-306], i redattori intendevano consacrare le regole principali di un sistema che dovea applicarsi per intero, salvo soltanto le modificazioni, che la mancanza di matrimonio rendesse necessarie. Essi pensavano che la proclamazione di queste regole principali consacrava abbastanza, per l'analogia, le altre regole a queste attenendosi. Epperò, l'oratore del Governo nella sua *Esposizione* dei motivi, dopo avere sviluppate le regole del dritto di educazione e di correzione su' figli legittimi, dicea al Corpo legislativo: « Uno degli articoli del progetto (che è il nostro) accorda la stessa potestà e gli stessi dritti a' genitori dei figli naturali, legalmente riconosciuti. (Fenet, X, p. 531).

Laonde, la madre naturale non potrà mai far detenere il figlio se non per via di domanda e col concorso di due membri di un consiglio di famiglia, per analogia dello articolo 380 [307] (1). Di più, ancora, per analogia dello art. 383 [315], il padre medesimo non potrà far detenere il figlio al disotto di quindici anni se non per via di domanda, quando avrà beni personali od uno stato; che questa causa di restrizione è identicamente la stessa pel figlio naturale come pel figlio legittimo. Infine, per analogia degli art. 380 e 381 [307 e 308], il matrimonio del padre o della madre con un'altra persona che non sia il secondo autore del figlio non lascerebbe al primo se non la via di domanda, e torrebbe ogni mezzo di detenzione alla seconda; chè, dal canto di un coniuge, delle cattive disposizioni ed un'influenza funesta sono più a temersi ancora pel figlio naturale dell'altro coniuge che pel figlio legittimo, che questo coniuge avesse avuto da un matrimonio pre-

esistere; chè, come vedremo sotto l'art. 390, il figlio naturale può sempre esser provveduto di un tutore e di un consiglio di famiglia fin dopo la sua nascita, a differenza del figlio legittimo, pel quale la tutela non si apre se non col lo scoglimento del matrimonio de' suoi genitori.

(1) Non può esser quistione, per la madre naturale, del concorso di due parenti paterni, poichè il figlio naturale non ha mai altri parenti all'infuori de' genitori che lo han riconosciuto. Noi domandiamo il concorso di due membri del consiglio di famiglia, il quale consiglio potrà sempre

cedente. Questo ideo son del tutto adottate dal Demolombe (VI, 646-647).

IV. — Sebbene il nostro articolo non consacri espressamente, pe' genitori naturali, se non il dritto di correzione, è chiaro, come abbiamo già fatto intendere, che essi hanno il dritto di educazione tutto intero; chè il dritto di correzione non può esistere se non come conseguenza di questo dritto di educazione e non potrebbe concepirsi ove non vi fosse il dritto di diriger la persona del figlio.

Pertanto, per l'applicazione degli art. 373 e 374 [288] e 290], il figlio naturale minore e non emancipato sarà tenuto a risiedere presso suo padre o sua madre, e non potrà lasciare la loro dimora senza il consenso di essi, salvo che sia per ingaggio militare dopo venti anni, o vi sia autorizzato giudizialmente per cause gravi.

Ma qui si presenta la stessa quistione che pel dritto di correzione: da chi sarà esercitato il dritto di educazione? È chiaro che la risposta è la stessa e si appoggia sugli stessi motivi: al padre, e solo in mancanza di lui, alla madre si appartiene per principio l'esercizio di tal dritto. Pertanto, il padre determinerà come il figlio debba essere educato, qual genere d'istruzione debba ricevere, quale stato debba apprendere; in casa sua dovrà risiedere; se questo figlio, in età ancor minore di vent'anni volesse ingaggiarsi, nol potrebbe se non col consenso del padre, ed il potrebbe sempre con tal consenso, anche quando la madre non vi assentisse. In breve, e per riunire in una sola frase l'idea che qui ci occupa e quella sviluppata al n. II, al padre, per principio, si appartiene in tutta la sua estensione il dritto di educazione del figlio. Ma questo principio dovrà subire frequenti modificazioni, per una causa che si comprenderà facilmente, e su cui ritorneremo nel titolo della Tutela, per dedurne nuove conseguenze.

Per un figlio legittimo, l'abitazione comune de' genitori, ed il concorso delle loro cure rendono senza pericolo l'obbligo assoluto pel figlio, di risiedere in casa del padre, e le altre conseguenze della regola fermata dall'art. 373 [289]. Ma, per un figlio naturale, i cui genitori saranno ben sovente lungi l'uno dall'altro, la regola non può ricevere un'applicazione così rigorosa, ed il dritto pei tribunali di modificarla secondo il bisogno delle circostanze risulta ben chiaramente, per analogia, dall'art. 302 [232]. Questo articolo,

(1) L'articolo 390 del codice francese che si legge sotto il titolo della tutela, risponde al nostro articolo 291, il quale sta scritto sotto il titolo della patria potestà nel seguente modo: —
» Per la morte di alcuno de' genitori il superstito

si sa, permetta pure al tribunale in caso di divorzio, di confidare i figli a quello de' coniugi cui giudicasse a proposito di designare, ed abbiamo veduto (art. 311, n. III) che questa disposizione deve applicarsi ancora in caso di separazione personale. Se adunque i due autori di un figlio naturale non vivano insieme, i tribunali potranno, o piuttosto dovranno confidar questo figlio a quello de' genitori a cui gli sarà più vantaggioso di esser consegnato. Così, per esempio, se si tratta di un figlio in culla, è chiaro che la madre sola può torne l'incarico. Similmente, se la prole è una giovinetta che la madre educa convenevolmente e che un padre di costumi poco gastigati vuol reclamare, il tribunale non ammetterà le pretensioni di lui. In pochi datti, i magistrati dovranno sempre, in circostanze siffatte, ricercare il maggior vantaggio de' figli, conformemente al principio dell'art. 302 [232].

APPENDICE AGLI ARTICOLI PRECEDENTI

Pel dritto di amministrazione de' beni del figlio.

I. — A canto al dritto di educazione (comprendendo il dritto di correzione), la patria potestà genera, pe' genitori legittimi, il dritto di amministrare i beni de' loro figli; di tal che questa potestà consiste definitivamente nel potere di governare la persona e la fortuna del figlio minore non emancipato. Questo secondo dritto sta scritto nell'art. 389 [312], il quale dichiara che « il padre è, durante il matrimonio, amministratore de' beni » di proprietà de' suoi figli minori ».

Questo articolo, che i redattori han riportato al titolo della Tutela, non si trova mica al suo posto; esso dovea trovarsi nel nostro titolo della Patria potestà. La tutela, in effetti, non incomincia se non dopo lo scioglimento del matrimonio (art. 390 [1]); e dall'amministrazione che ha luogo durante il matrimonio si occupa l'art. 389 [312]. È facile spiegare questa trasposizione col pensiero che hanno avuto i redattori, di regolare, in una stessa serie d'idee, l'amministrazione dei beni del figlio, dalla sua infanzia fino alla sua maggiore età od alla sua emancipazione, considerando successivamente quest'amministrazione, 1° durante l'esistenza de' genitori (art. 389 [312]), 2° dopo la morte dell'uno de' due (art. 390 a 396 [294 e 318]), 3° dopo la morte di entrambi (art. 397 [319] e seg.);

» sarà tutore de' figli minori; e con tal qualità eserciterà que' dritti, » sarà sommessi a tutti i doveri che risultano dalla tutela, come sarà spiegate nel titolo X del presente libro » (Nota del traduttore).

ma ripetiamol pure, il posto assegnato a questo articolo non lascia di essere illogico, poichè il caso di cui esso si occupa non è un caso di tutela. E questa osservazione presenta un'alta importanza; chè una volta che in tale circostanza il padre non è tutore, ne segue che non gli si imporrà punto un tutore surrogato (art. 420 [342]), un consiglio di famiglia (art. 406, 421 [327 343]), che i suoi beni non saranno gravati dall'ipoteca legale (art. 2121 [2007]).

Egli è fuor di dubbio che il pensiero del legislatore non è stato mai di sottoporre l'amministrazione paterna de' beni, ossia quella che ha luogo durante il matrimonio, alle diverse precauzioni che circondano l'amministrazione tutelare.

Nella redazione primitiva del titolo della tutela, l'art. 382 [309] non esisteva: il capitolo della Tutela incominciava dall'art. 390 [294 (1)], il quale dichiara che la tutela incomincia allo scioglimento del matrimonio. I redattori avean serbato il silenzio sull'amministrazione anteriore a questo scioglimento del matrimonio, perchè riguardavano come troppo naturale, che l'amministrazione paterna rimanesse, nel nuovo dritto, ciò che era nello antico.

Siffatto fu ancora il pensiero del Tribunale; ma quest'assemblea trovò utile di regolare questo punto con una disposizione espressa. Si legge nelle osservazioni del Tribunale: » La Sezione pensa che il primo articolo del capitolo (della Tutela) deve enunciare in termini precisi qual è, durante il matrimonio, la qualità del padre per rapporto a' beni de' figli minori... Il padre non è stato mai qualificato tutore de' suoi figli prima dello scioglimento del matrimonio. Se, durante il matrimonio, la legge non ammettesse veruna differenza tra il padre ed il tutore, bisognerebbe adunque che il padre fosse, per rapporto a' beni de' figli, soggetto durante il matrimonio alle condizioni ed agli oneri che la legge impone al tutore, bisognerebbe che il padre fosse sotto la sorveglianza di un tutore surrogato, sotto la dipendenza di un consiglio di famiglia, ecc.; il che ripugna a' principii costantemente ammessi. Fino allo scioglimento del matrimonio, il vero compito del padre è quello di amministratore. » Su questi motivi la Sezione propose la disposizione che forma oggidì l'art. 389 [312 num. 1.] (Fenet, t. X, p. 608).

Adunque la proposizione da noi emessa, e che è stata alle volte negata da alcuni autori ed arresti (2), che l'amministrazione pater-

na non riceve nè ipoteca legale, nè tutore surrogato, nè consiglio di famiglia, non potrebbe essere oramai l'oggetto di veruna contestazione. Ciò è anche quello che ha scritto dopo di noi il Demolombe (VI, 420-423).

II. — Del rimanente, il testo che abbiamo citato come comprovante questo dritto di amministrazione richiede due lievi osservazioni per essere inteso in un modo perfettamente esatto. Laonde, in prima, sebbene esso parli, assolutamente e senza distinzione, dei beni de' figli minori, tuttavia non si applica a tutti i minori, ma soltanto a' minori non emancipati; chè l'emancipazione conferisce al figlio medesimo l'amministrazione de' suoi beni (art. 372 [288]). In secondo luogo, tuttocchè la legge parli unicamente del padre, è uopo dire che lo fa nella previdenza de' casi ordinari, statendo *de eo quod plerumque fit*, come negli art. 373, 374, 382, 384 [289, 290, 309, 298]; in guisa che se il padre fosse interdetto o presunto assente, o decaduto dal suo dritto di patria potestà, questo dritto di amministrazione passerebbe alla madre, poichè è, come il dritto di educazione, la conseguenza del dritto di potestà (Vedi la nota del n.° I dell'art. 390).

Quest'amministrazione de' beni del figlio, la quale, beninteso, sottopone il padre (o la madre) all'obbligo di render conto de' beni che ha amministrati (art. 389 [312], 2.° com.), non appartiene mai a' genitori naturali, in questa qualità di genitori; se l'hanno, si è solo a titolo di tutore, come vedremo sotto l'art. 390 [294] n.° II. Questi genitori naturali non godono neppure del terzo ed ultimo effetto della patria potestà, cui regolano i quattro ultimi articoli del nostro titolo, l'usufrutto legale dei beni de' figli; il dritto di educazione è il solo che lor sia comune co' genitori legittimi.

III. — Se, durante l'amministrazione paterna, l'amministratore (padre o madre) si trovasse avere, sia per la divisione di una successione, sia in una contestazione qualunque, degl'interessi opposti a quelli del figlio, è chiaro che non avrebbe più capacità per rappresentare il figlio; chè *nemo potest auctor esse in rem suam*. Sarebbe adunque uopo sostituirlo momentaneamente, con un diverso rappresentante, dato specialmente per l'affare, con un tutore nominato *ad hoc*.

Tutti son di accordo su questo punto; soltanto il Duranton (III-415) vuole che questo rappresentante momentaneo prenda il nome di *tutore surrogato ad hoc* e non di *tutore*. La non è, come si vede, se non una quistione di parole, da non meritare, secondo noi,

(1) Vedi la nota precedente. (Nota del tradut.)

(2) Persil (art. 2121, n. 36), Battur (Ipot., II-

365); Colmar, 22 maggio 1816, Tolosa, 22 dec. 1818.

che il dotto professore se ne brigasse, e su cui, del resto, non potremmo essere del suo avviso. Ei non può esservi un tutore surrogato, un tutore in *secondo*, quando non v'ha tutore in primo (Conf. Demolombe, VI-422).

IV. — Nei abbiain detto e provato che, per l'amministrazione paterna, non esiste consiglio di famiglia. Ciò dà luogo a parecchie quistioni, che ci è forza qui risolvere.

Pertanto, in prima, quali saranno i dritti dell'amministratore legale per gli atti che un tutore non potrebbe fare se non coll'autorizzazione di questo consiglio, seguita o no dall'omologazione del tribunale? La soluzione di questa quistione ci sembra trovarsi in questa idea del legislatore, che l'amore, la prudenza, la previdenza de' genitori riuniti e consultantisi l'un l'altro sugli interessi del loro figlio comune, sostituiscono abbastanza la protezione, che il figlio sottomesso alla tutela può trovare in un'assemblea composta di parenti lontani od anche di estranei: negli occhi della legge, l'amministratore legale, a causa delle condizioni favorevoli al figlio in cui si trova, merita tanta confidenza, quanta un semplice tutore autorizzato dalla famiglia. Adunque, gli atti che un tutore potrebbe fare con la sola autorizzazione della famiglia e senza omologazione del tribunale, l'amministratore legale potrà farli da sé solo. Pertanto, potrà accettare o ripudiare le successioni scadute al figlio, le donazioni che gli venissero fatte; intenterà le sue azioni immobiliari o prestarvi acquiescenza, e provocare una divisione in suo nome (art. 461, 463, 464, 465 [384, 386, 387, 288]).

Ma, ne' casi in cui l'autorizzazione del consiglio di famiglia è essa stessa insufficiente ed in cui deve intervenire il magistrato, è chiaro che l'omologazione del tribunale sarà necessaria all'amministratore legale, come lo sarebbe al tutore: quindi, per trarre a prestito a nome del minore, per alienare od ipotecare i suoi immobili (art. 458 [381]) e per transigere (art. 467 [390]). In breve, l'amministratore legale, poichè non è sottomesso ad un consiglio di famiglia, e la legge gli accorda la stessa fiducia che a questo consiglio, avrà nè più nè meno gli stessi dritti di un tutore autorizzato da tal consiglio. Dovrà anche, beninteso, seguire le stesse forme.

V. — Ora, se un amministratore legale è d'una mala condotta notoria, o la sua gestione prova l'incapacità o l'infedeltà, non è da dubitare che il magistrato possa o debba per

analogia dell'art. 444 [367], togliere il suo dritto di amministrazione (1).

Ma da chi sarà destituito (o escluso, se non è ancora entrato in funzioni)? Secondo gli art. 446 e 448 [369, 371], si è il consiglio di famiglia quello che, salvo reclamo al tribunale civile, pronunzia sulle esclusioni e destituzioni de' tutori, e Zachariae (t. I, p. 202) insegna che anche il consiglio di famiglia pronunzierà nella nostra ipotesi. Or, ci sembra impossibile di accettare questa decisione, poichè nella nostra specie non deve esistere consiglio di famiglia; il tutore surrogato, a cura del quale l'azione dovrebbe sperimentarsi avanti questo consiglio, non esiste neppure; e precisamente acciocchè il parente amministratore non fosse sotto la dipendenza di un consiglio di famiglia il Tribunale fece introdurre l'art. 389 [312].

Adunque il tribunale civile sarebbe quello che, secondo noi, dovrebbe direttamente in tal caso essere investito. Ma da chi sarebbe esso investito? Noi non vediamo che potesse esserlo da altri all'infuori del procuratore dell'Impero agendo di ufficio sulle osservazioni di parenti o di amici (Pothier, *del Matr.*, n° 384; Demolombe, VI-399).

VI. — Un'ultima quistione relativa all'amministrazione paterna è se possano donarsi o legarsi de' beni ad un figlio sotto la condizione che il padre non ne avrà l'amministrazione, alla guisa stessa che non ne avrà il godimento (art. 387 [304]). Un arresto del Parlamento di Parigi del 9 febbrajo 1764, e tre arresti dopo il Codice han giudicato, e secondo noi ben giudicato, che una tal condizione non era legale e dovea reputarsi non iscritta, come contraria ai buoni costumi ed all'ordine pubblico (2). Ed in effetti, la patria potestà, i dritti di educazione e di amministrazione de' genitori sulla persona e su' beni dei loro figli, non possono esser punto l'oggetto di convenzioni; essi non possono, come le quistioni d'interesse pecuniario, modificarsi a talento degli individui; tutte queste regole riflettono evidentemente un ordine di cose che la legge sola ha il potere di organizzare. Pertanto, mentrè un padre potrebbe benissimo rinunciare al suo dritto di usufrutto legale, perchè è solo un dritto pecuniario, non potrebbe rinunciare alla potestà che la legge gli dà su' suoi figli (art. 1388 [1342]). La cosa sta ben diversamente dopo sciolto il matrimonio, perchè allora non è più l'amministrazione legale, risultante dalla qualità di padre, quella che esiste, ma il semplice potere tutelare,

(1) Zachariae (I, p. 202), Valette (II, p. 283), Demolombe (VI-427); Parigi, 29 agosto 1825; Rig., 16 dic. 1829; Rig., 19 aprile 1843; Rig., 20 giugno 1843; Limoge, 28 febb. 1846 (Dev., 43, 1, 385 e 651; 49, 2, 335).

(2) Besanzone, 25 novembre 1807, Caca, 11 agosto 1825; Rouen, 29 maggio 1845 (Dev., 47, 2, 379). — Contra, Nimes, 20 dic. 1837; Caca, 20 nov. 1840 (Dev., 38, 2, 270; 41, 2, 78).

il quale, anche quando appartiene al padre, è della stessa natura e sottoposto alle stesse regole di quando appartiene ad un estraneo. Mentrechè l'amministrazione paterna non può appartenere se non a' genitori, l'amministrazione tutelare può appartenere a chiunque, e risulta quindi indifferente che un donante o testatore, in quanto a' beni di cui dispone la tolga al tutore (questo tutore fosse pur il padre) per confidarla ad un'altra persona. Ciò è quanto ha giudicato la Corte di cassazione il dì 11 novembre 1828, con un arresto che consacra ancora implicitamente la nostra dottrina.

Ma, dicesi (Duranton, III-375; Zachariae, I, p. 202), la mala condotta, la cattiva gestione, la dissipazione del padre non possono render questa condizione moralissima e vantaggiosa al figlio? Senza dubbio, ed il rimedio sta nell'art. 444 [367], il quale permette al magistrato, come abbiamo detto poc'anzi, di torre al padre l'amministrazione. Ma l'amministrazione dovrà esser tolta direttamente dall'autorità giudiziaria, e non dalla condizione che conteneva la donazione o il testamento, dalla volontà privata di un terzo.

Ciò rispondeva anticipatamente all'argomentazione con cui il Demolombe (VI-458) si sforza alla sua volta di stabilire la dottrina contraria. L'onorevole professore ci dice, che il dritto di amministrazione de' beni del figlio è un attributo solamente naturale, e non essenziale della patria potestà (poichè questo dritto può qualche volta torrsi al padre), e ne conchiude che un donante può quindi interdire al padre questo dritto di amministrazione. L'argomento non ha alcun valore. Dappima, se il padre può esser privato del dritto di amministrazione, non si vede per avventura, ed il Demolombe non insegna egli al par di noi, che potrebbe ancora venir privato del dritto di correzione, di direzione, di educazione? Un padre indegno non può forse venir spogliato di ogni autorità sul suo figlio? Non v'ha un solo degli attributi della patria potestà che appartenga al padre essenzialmente ed in guisa da non potere essergli tolto. Lasciam dunque da banda questa distinzione ben contrastabile, e inutilissima per giunta di attributi essenziali e di attributi naturali. Il dritto di amministrare può esser tolto al padre; ma da chi e per quali cause? in ciò sta tutta la questione. Or, noi diciamo che il padre non può vederselo tolto se non dall'autorità del magistrato, e

quando è giudicato veramente incapace o indegno di esercitarlo; diciamo che la donazione che conferisce l'amministrazione ad altri che al padre è un insulto all'autorità di lui, una dichiarazione d'infedeltà o d'incapacità che il magistrato solo ha il dritto di pronunziare.... In quanto al confronto fatto da Demolombe tra il nostro caso e quello dell'amministrazione de' beni della moglie per parte del marito, esso non milita punto per la sua dottrina, e si rivolge anzi contro di quella. Senza dubbio, sebbene il regime di dritto comune, la comunione legale, dia al marito l'amministrazione de' beni della moglie, quest'amministrazione può benissimo lasciarsi alla moglie con l'adozione di un altro regime; ma è uopo far qui questa duplice osservazione che, da un canto, si tratta di attribuire l'amministrazione, non ad un terzo, ma alla moglie essa stessa proprietaria, la quale in tal guisa non fa se non conservare un dritto che già le appartiene, il che non ha nulla di offensivo pel marito; e dall'altro, questo stato di cose si stabilisce col contratto medesimo, e però col consenso del marito; *or volenti non fit injuria*. Per avere un confronto più giusto; bisognerebbe supporre una donna maritata in comunione (i cui beni quindi debbono amministrarsi dal marito) ed alla quale fosser donati de' beni a condizione di essere amministrati da un terzo. Or chi non proclamerebbe l'inevitabilità di una simile condizione?

VII. — La tutela non prendesi se non alla morte di uno de' coniugi, che farebbesi se entrambi fosser viventi ed incapaci di amministrare? Noi pensiamo che a richiesta delle parti interessate, o del pubblico ministero, il tribunale dovrebbe nominare un rappresentante giudiziario il quale, secondo l'uso, prenderebbe probabilmente il nome di tutore provvisorio, ma non sarebbe però un vero tutore, in guisa che non vi sarebbe ipoteca legale contro di lui. Pertanto, si comprende, che il tribunale potrebbe imporgli un consiglio di famiglia.

394 [298]. — Il padre durante il matrimonio, e dopo lo scioglimento di esso il supestito fra i genitori avrà l'usufrutto dei beni de' suoi figli, finchè essi sian giunti ai diciotto anni compiuti, o sino all'emancipazione che potesse aver luogo prima dell'età de' diciott'anni (1).

(1) L'articolo 298 delle nostre *ll. cc.* fu prodotto nel modo seguente: — « Il padre avrà l'usufrutto de' beni del figlio sino a che costui non giunga all'età di diciotto anni compiuti, o sino alla emancipazione che potesse aver luogo prima di questa età.

» Quando il padre sia premorto, la madre » avrà la metà di questo usufrutto sino a che il » figlio non giunga alla maggiore età o sia emancipato ».

SOMMARIO

- I. Vero ed ultimo effetto della patria potestà: usufrutto legale de' genitori. — Esso finisce al più tardi al decimoanno an- no del figlio. Perché?
- II. Esso appartiene esclusivamente a quella degli autori che ha l'emancipazione della patria potestà. Dimostrato dalla più parte degli autori. — Quasi quando nessuno de' coniugi ha questo esercizio?
- III. Ma il coniuge dell'usufruttario non profita egli quando è maritato in comunione?
- IV. Esso non esiste pe' genitori naturali.

I. — Come compensazione de' travagli che cagionano a' genitori l'educazione del figlio e l'amministrazione de' suoi beni, la legge dà loro l'usufrutto di questi stessi beni, fino a che il figlio sia emancipato o che abbia compiuto diciotto anni.

Il principio di questo usufrutto rinvenendosi nell'esercizio della patria potestà, sembra che esso avrebbe dovuto continuare fino all'estinzione di questa potestà, ossia fino all'emancipazione o alla maggiore età; ma il legislatore ha temuto che la cupidità de' genitori divenisse qualche volta un ostacolo al matrimonio o allo stabilimento de' loro figli, e per evitare questo tristo risultato, non ha permesso che l'usufrutto legale potesse mai continuare dopo l'età di diciotto anni.

II. — Tutti gli autori, quelli che hanno scritto dopo di noi come quelli che ci hanno preceduto, attenendosi giudizialmente alla lettera del nostro articolo, insegnano che, in qualunque circostanza si sia, il solo padre ha dritto a quest'usufrutto legale, finchè non è sciolto il matrimonio. Noi abbiamo già censurata e rigettata questa dottrina (art. 141 [145 (1)]). Ed, in effetti i principii della logica non permettono di avere due misure, di cui ora si adatterà l'una, ora l'altra, *ad libitum*. Se si prende alla lettera il nostro art. 381 [298], il quale consacra il dritto di godimento, bisogna prendere alla lettera ancora gli articoli 373 e 389 [289 e 312] che consacrano le cause di questo godimento; se si ammette, al contrario (ed è ciò che tutti fanno), che i testi i quali indicano le cause non parlino se non in generale e pe' casi ordinari, è ben forza ammettere ancora che il testo il quale consacra l'effetto (*e che sta scritto negli stessi termini!*) non parli del pari se non generalmente e con lo stesso significato. Pertanto l'art. 373 [289] dice: « Il padre soltanto » esercita l'autorità durante il matrimonio »; l'art. 389 [312] dice: « Il padre è, durante il » matrimonio, amministratore de' beni »; il nostro articolo dice: « Il padre, durante il » matrimonio, ha il godimento de' beni »; ed ecco che, secondo gli autori, gli art. 373 384 [289 e 298] significherebbero: *Il padre, ne' casi ordinari, e la madre, in certi casi ec-*

cezionali; laddove l'art. 384 [298] significherebbe: *Il padre sempre, e non mai la madre*. Noi non abbiain mai compresa questa dottrina.

Ov'è il principio del dritto d'usufrutto legale? Sta nel duplice dritto di educazione del figlio, e di amministrazione de' suoi beni. Adunque, quando, *per eccezione alla regola generale degli articoli 373 e 389, [289 e 312]*, la madre ha, anche durante il matrimonio, l'esercizio di questi dritti, avrà ancora, *per eccezione alla regola generale del nostro articolo*, il dritto di usufrutto. Supponiamo che il padre di un fanciullo di dodici anni sia giudiziariamente privato de' suoi dritti di patria potestà per applicazione dell'art. 335 [332] C. penal.: a chi apparterrà il dritto di educazione? *Alla madre*, ci si dice, *SEBENE l'articolo 373 [289] non parli se non del padre...* A chi l'amministrazione de' beni? *Alla madre ancora*, *SEBENE l'art. 389 [312] non parli pure se non del padre...* Ed a chi l'usufrutto legale? *Oh! non punto alla madre, PERCHÉ l'art. 384 [298] non parla se non del padre!!!*... Ebbene, sia, ammettiamo questo strano sistema d'interpretazione; ma a chi dunque quest'usufrutto apparterrà mai? A nessuno, evidentemente; poichè il padre non vi ha più dritto, in guisa che le rendite de' beni apparterranno oramai al figlio proprietario. Ora, tre anni dopo la condanna del padre, questi muore, ed ecco che l'usufrutto viene a nascere per la madre (Zachariae, III, p. 685; Duranton, III-386; Demolombe VI-484). Ebbene, noi domandiamo, su che baserebbe, come si spiegherebbe questa cessazione momentanea di un usufrutto le cui cause hanno sempre durato senza interruzione veruna?... Come la condanna, che toglie d'un tratto al padre 1° il dritto di educazione e di amministrazione, poi 2° il dritto di usufrutto farebbe mai passare l'uno alla madre e l'altro al figlio? Come nello intervallo tra la condanna e la morte di questo padre, separate voi due dritti di cui l'uno è la conseguenza dell'altro? Come indi la morte del padre, che non rimuove più la causa (poichè lascia il dritto di educazione e di amministrazione ove già era), rimuoverebbe essa l'effetto, facendo ritornare dal figlio alla madre il godimento de' beni?... La mente si perde, in vero, in mezzo a simili incoerenze; e siamo stupiti che il Demolombe, il quale combatte lungamente la nostra dottrina (VI, 482-484), non abbia cercato di rispondere a tutto ciò.

Che se i coniugi, senza essere decaduti dal dritto di potestà, fossero entrambi privati dell'esercizio, l'usufrutto appartiene ancora

(1) Vedi la nota (1) della pagina 217. (Nota del traduttore.)

al padre per preferenza di sesso, e non ricadrebbe alla madre se non quando il padre perdesse il dritto egli medesimo. Che se lo perdessero entrambi, allora visarebbe estinzione assoluta dell'usufrutto.

III. — Del resto, la questione di sapere a quale de' due autori appartiene, durante il matrimonio, l'usufrutto legale de' beni de' figli, non presenta importanza pratica, quando i genitori son maritati in comunione legale; poichè, come si vedrà sotto l'art. 1401 (1), in questa comunione, destinata ad esser divisa tra' coniugi, ricadono tutti i lucri e profitti che fanno questi coniugi. Ma può essere altrimenti sotto la comunione convenzionale, e sarà sempre diversamente sotto il regime dotale, di separazione di beni e di esclusione di comunione.

Questo profitto, che fa indirettamente il coniuge dell'usufruttuario legale, non apparterebbe soltanto al coniuge che è uno degli autori del figlio; ma si comprende, che esso si realizzerebbe ancora per la seconda moglie del padre divenuto vedovo e rimaritato. La cosa starebbe altrimenti pel secondo coniuge della madre, per la ragione particolare che il secondo matrimonio della madre fa cessare il suo usufrutto legale (art. 386 [300]).

IV. — Noi abbiain già detto che l'usufrutto legale de' beni de' figli minori non appartiene mai a' genitori naturali. Ciò risulta abbastanza, e dal contesto de' due art. 331 e 386 [298 e 300], che suppongono sempre che vi sia matrimonio, e dal posto che occupa l'articolo, il quale dichiara comune a' genitori naturali il dritto di correzione. Sarebbe stato ben naturale, se si fosse inteso attribuir loro ancora il dritto di usufrutto, di porre alla fine del nostro titolo la disposizione che loro avesse conferita, con una sola frase, i diversi diritti appartenenti a' tutori legittimi. Questo silenzio della legge si spiega perfettamente col pensiero che l'usufrutto legale essendo un puro favore, il legislatore non ha voluto gratificarne i genitori, la cui qualità è al certo ben poco favorevole. Che abbiano il dritto di correzione, alla buon'ora; la morale e l'interesse istesso del figlio lo esigono; ma pel dritto di usufrutto, stabilito per l'interesse esclusivo de' genitori, ei non è più così.

(1) Questo articolo del codice napoleone con vari altri che versano sulla comunione, non trovando rispondenza nelle nostre leggi civili, per le ragioni che diremo a luogo proprio (Nota del tr.).

(2) Toullier (II-973), Proudhon (I, p. 252), Duranton (II-364), R. de Villargues (Diss., Sir. 1843 2, 49), Vazelle (II-477), Richefort (II-273), Chardon (Patr. potes., n. 418), Zachariae (VI-87), Valette (sopra Proud.) Toullier (I, p. 504), Cadres (n. 477), Demolombe (VI-642).

Marcadé T. I.

Se adunque il padre legalmente conosciuto di un figlio naturale (il quale avesse su questo figlio, in virtù del suo titolo istesso, il dritto di educazione) avesse ancora l'amministrazione de' suoi beni, il che può aver luogo sol quando fosse nominato tutore (spiegazione dell' art. 390 [291]), questo padre, malgrado la riunione sul suo capo de' due dritti di educazione e di amministrazione dei beni, non avrebbe alcun dritto all'usufrutto, e dovrebbe render conto, alla fine della sua gestione, e della proprietà o delle rendite. Che se, nel corso della sua gestione, il padre legittimasse questo figlio sposando la madre (ancora legalmente conosciuta, poichè, senza la cognizione legale anteriore al matrimonio, la legittimazione non avrebbe luogo, secondo l'art. 331 [253]), l'usufrutto legale gli apparterebbe a muovere da questo momento; ma ciò sarebbe senza effetto retroattivo (art. 333 [255]), e per conseguenza rimarrebbe sempre obbligato a render conto delle rendite anteriori alla legittimazione. Questa verità, disconosciuta in prima da alcuni autori (Favard, v. *Figlio natur.*, § 2, n. 2; Loiseau, è oggi unanimemente ammessa) (2).

385 [299]. — I pesi di quest'usufrutto saranno i seguenti:

1. I pesi istessi ai quali sono tenuti gli usufruttuari;
2. Gli alimenti, il mantenimento e l'educazione de' figli in proporzione delle loro sostanze;
3. Il pagamento delle annualità arretrate e degli interessi de' capitali;
4. Le spese funebri e quelle dell'ultima malattia (3).

SOMMARIO

1. Il godimento legale impone le obbligazioni ordinarie di un usufruttuario, meno quella di dar mallevoria.
2. Differenza tra l'obbligazione di mantenimento del figlio, imposta da questo articolo, e quella dell'art. 303 (195).
3. L'usufruttuario legale paga la sussistenza e gli accessori già accolti quando incomincia il suo godimento. Errore del Duranton.
4. Egli paga ancora le spese de' funerali e dell'ultima malattia della persona per la cui morte i beni ricadono al figlio. Errore del Duranton; singolare sistema del Duranton.

1. — Questo articolo ci indica quattro classi di obbligazioni imposte al padre, usufrut-

(3) L'articolo 299 delle nostre II. cc. contiene un'ultima inciso che non è nel rispondente articolo 385 del codice napoleone. Esso sta scritto così: — « I pesi suddetti saranno a carico del padre nella totalità; a carico della madre per la sola metà ». La disposizione contenuta in questo nuovo comma è conseguenza della diversità della redazione del precedente articolo delle nostre leggi; le quali accordano l'usufrutto legale alla madre solo per metà (Nota del traduttore).

tuario legale de' beni de' suoi figli: 1° Deve subire, inteso, gli oneri ordinari di ogni usufrutto. Quindi, a lui spetta di sopportare le spese necessarie al mantenimento de' beni (art. 606 [531]), di soddisfare le contribuzioni (608 [533]) di pagar le annualità delle rendite e gl'interessi de' debiti che gravano su i beni del figlio (610 e 612 [535 e 537]); il tutto come verrà in seguito spiegato, al titolo dell'Usufrutto, art. 606-616 [531-541], sotto la sezione delle obbligazioni dell'usufruttuario. È tenuto, soprattutto, a far redigere, prima di entrare in godimento, un inventario de' mobili, ed uno stato degl'immobili sottoposti al suo dritto; ma è dispensato, attesa la sua qualità, dal fornire la malleveria che la legge esige da ogni altro usufruttuario (art. 600, 601 [525, 526]).

II. — 2° Il genitore, usufruttuario legale, è tenuto a nutrire, mantenere ed allevare il figlio, in un modo che corrisponda alla fortuna, di cui questo figlio è proprietario. Le rendite del figlio non sono attribuite al suo autore e non divengono sua proprietà se non dopo il prelevamento di ciò che al figlio abbisogna.

Già, per la sua qualità di padre o di madre, l'usufruttuario legale è tenuto a provvedere a' bisogni fisici e morali del figlio; ma l'obbligazione qui imposta non si confonde con quella che risulta dal fatto della generazione, e che consacra l'art. 203 [193]; neppure in quanto quest'ultima è relativa alle spese di danaro. — L'obbligazione, imposta dall'art. 203 [193], di nutrire, mantenere ed allevare il figlio, in altri termini, il dovere di educazione, abbraccia due classi differenti di doveri: 1° le cure affatto personali, necessarie, massime nell'infanzia del figlio, e che son sempre le stesse, quali che sieno e la fortuna e la posizione, o de' genitori, o dei figli; 2° le prestazioni di sussistenza, di vestimenta, ecc., ecc., che si riassumono definitivamente in spese di danaro, e che si modificano necessariamente a seconda delle circostanze. L'obbligazione imposta dal nostro art. 385 [299] non ha evidentemente nulla di comune co' primi; solo co' secondi la si potrebbe confondere. Or, si vedranno quattro differenze importanti tra' due casi.

Pertanto, mentreché i genitori, per quanto ricchi fossero, soddisferebbero all'obbligazione dell'art. 203 [193], non dando al figlio se non una lieve istruzione, occupandolo, in verde età, a lavori manuali; il genitore usufruttuario della considerevole fortuna di un figlio, dovrà educarlo altrimenti che i figli del popolo, procurargli una istruzione maggiore, una professione più nobile,

o porlo in istato di disimpegnare nella società un ufficio che fosse in armonia con tanta fortuna. Se, per una sordida economia, e per incassare qualcho centinaio di franchi di più ogni anno sulle rendite di un patrimonio opulento, il padre avesse educato il figlio come avrebbe fatto un operaio, questo padre, liberato dall'obbligazione dell'art. 203 [193], non avrebbe mica adempita quella del nostro articolo, ed il figlio potrebbe, secondo le circostanze, giunto alla sua maggioranza, farsi restituire, a titolo d'indennità, una parte delle rendite indebitamente serbate dal padre. — In secondo luogo, le spese necessarie al figlio facendosi in tal caso, come si è detto, con somme appartenenti al figlio medesimo, ne segue che l'obbligazione dell'articolo 203 [193], secondo cui i genitori dovean provvedere a' bisogni del figlio su' loro propri beni, svanisce e non può più applicarsi; d'onde la conseguenza che quello dei due autori il quale non profitta dell'usufrutto legale non è più tenuto a contribuire a queste spese. Laonde quando il padre, usufruttuario legale, percepisce su' beni del figlio delle rendite più che bastevoli pe' bisogni di questo figlio, la madre, maritata in separazione di beni, potrebbe economizzare la frazione della sua rendita che dovea per quest'oggetto anteriormente fornire. — In terzo luogo, l'obbligazione dell'art. 203 [193] che si eseguisce su' beni de' genitori, cessa appunto perchè il figlio ha de' beni personali sufficienti per far fronte a' suoi bisogni; l'obbligazione del nostro articolo, per contrario, eseguendosi sopra beni del figlio, non cesserebbe punto pel padre o per la madre avendo il figlio altri beni non sottoposti all'usufrutto (il che è possibilissimo, come si vedrà dall'art. 387 [381]). — Infine, mentreché i creditori de' genitori potrebbero metter costoro fuori stato di adempiere all'obbligo dell'art. 203 [193], facendo sequestrare o vendere tutti i loro beni, non si potrebbe dir lo stesso per quello del nostro articolo; chè le rendite de' beni del figlio non appartenendo all'usufruttuario legale se non dopo il prelevamento di quanto necessita a questo figlio, i suoi creditori non potrebbero sequestrare che l'eccedenza delle rendite sulle spese di mantenimento (1).

III. — 3°. La terza obbligazione imposta all'usufruttuario legale è quella di pagare le annualità e gl'interessi già scaduti al momento in cui l'usufrutto incomincia.

Così, uno zio del figlio muore lasciando un testamento, col quale istituisce questo figlio legatario universale. Nel passivo della successione che raccoglie il figlio, si trova una

(1) *Confr.* Parigi, 19 marzo 1823; Colmar, 27 gen. 1831.

rendita di 200 franchi, che il defunto doveva ad un terzo, e le cui annualità non sono state pagate da tre anni; ebbene, il padre, usufruttuario legale de' beni del figlio, prenderà a suo carico i 600 franchi di annualità dovute, senza poterne domandar conto al figlio. Similmente se il passivo comprende un' obbligazione di 8,000 franchi, che il defunto avea tolta a prestito coll'interesse del 5 per 100, e di cui due annate sono scadute al momento della sua morte, si è il padre, e non il figlio, quello che pagherà gli 800 franchi d'interessi dovuti (1).

Questa disposizione del 3° comma del nostro articolo può sembrare in prima rigorosissima, poichè non è permesso reciprocamente a' genitori di attribuirsi le annualità o gl'interessi attivi che potessero esser dovuti alla successione al momento in cui si apre; eglino non han dritto che su quelli che verranno a scadere, e su' frutti che raccoglieranno posteriormente allo stabilimento del loro usufrutto (art. 585, 586 [510, 511]). — Pertanto, il Duranton applica questa disposizione alle sole annualità ed interessi passivi che scadono durante il corso dell'usufrutto (III-401). Ma questo si è un grave errore.

Ed in prima, il nostro comma in tal guisa inteso non avrebbe più significato; poichè, come abbiamo veduto di sopra, quest' obbligazione di sopportare tutte le rendite passive che scadono durante il corso dell'usufrutto descritta già nel 1° comma; egli è ben chiaro che facendo una seconda, una terza, indi una quarta disposizione, il legislatore ha inteso consacrare tre nuovi pesi, che si trovano al di fuori delle obbligazioni ordinarie di un usufruttuario. D'altra parte, questa disposizione si giustifica con questa duplice considerazione, 1° che l'usufrutto, di cui si tratta, essendo una liberalità, un vantaggio attribuito gratuitamente a' genitori, si può ben gravarlo di alcuni oneri profittevoli al figlio; e ch'egli è abbastanza nell'ordine, nelle regole di una sana amministrazione, che colui che raccoglie una universalità di beni prenda, non già sui capitali, ma sulle rendite del primo anno, ed anche del secondo, occorrendo, le somme necessarie per pagare sia le annualità e gli interessi arretrati, sia anche le spese d' infermità e d' inumazione della persona per la cui morte si apre il dritto. Egli è naturale, in effetti, di conservare nella sua integrità il patrimonio che un defunto ci lascia, privandosi, per qualche mese, di rendite onde sa-

rebbe stato ben forza far senza se questo defunto fosse morto un po' più tardi.

Ciò spiega perfettamente come il legislatore ha imposto all'usufruttuario legale, coi due ultimi commi del nostro articolo, il pagamento delle annualità e degl'interessi, indi le spese funebri e dell'ultima malattia. Ciò che toglie infine ogni dubbio a questo riguardo, si è, che queste due disposizioni son tolte l'una e l'altra dalla Consuetudine di Parigi, de' principii della quale i redattori del Codice erano imbevuti. Quella relativa alle annualità ed agl'interessi stava scritta nell'art. 267 della Consuetudine; quella che concerno le spese funebri e dell'ultima malattia era stata introdotta dalla giurisprudenza del Parlamento di Parigi, dopo lunghe controversie, che il 4° comma del nostro articolo ha avuto in iscopo di prevenire (2).

Quest'errore del Duranton è tanto più strano, per quanto se la decisione contraria fosse stata data dal Toullier senza alcun motivo di appoggio, la sarebbe stata per l'opposto perfettamente stabilita dal Proudhon; senza che noi avremmo veduto il Duranton ammettere come decisivi, al n° seguente, gli stessi motivi che trova insignificanti in questo (3).

IV. — 4.° L'ultima disposizione del nostro articolo si trova a sufficienza spiegata da quanto abbiamo detto; è chiaro che si tratta delle spese cagionate dall'ultima malattia e dalla morte della persona da cui *proengono i beni*. Tuttavia Delvincourt ha scritto che si tratta dell'ultima malattia e della morte del figlio proprietario; ma a dir vero, si è questo un errore che fa stupore rinvenire in un autore di tanto senno. Oltre delle osservazioni fatte al numero precedente, e che provano a sufficienza l'inesattezza di questa idea, basterebbe, per respingerla, questa considerazione, che alla morte del figlio, i beni passano a' suoi eredi o legatari, e l'usufrutto legale si estingue. Or, da un canto, come immaginarsi che si metta a carico dell'usufrutto un debito che nasce quando non v'ha più usufrutto? Dall'altra parte, come concepire che, in compensazione delle rendite tolte al figlio, si imponga all'ex-usufruttuario un peso di cui questo figlio non può profittare, o che non servirebbe se non a' suoi eredi?

Del resto, se quest'errore è strano in un autore di tanto senno come Delvincourt, fa egualmente stupore vedere il Duranton (n.° 402) ammetter qui la nostra interpretazione,

(1) Denominansi *annualità* i prodotti di una rendita, sia perpetua e vitalizia, feudiaria e costituita; chiamausi poi *interessi* i prodotti di un capitale rimasto esigibile. Veggasi la spiegazione degli art. 529 e 580.

(2) Veg. il testo della consuetudine, sotto i nostri articoli, ai Codici TRUPIER.

(3) Toullier (II-1069, nota), Proudhon (*Usufr.*, II-206), Zachariae (III, p. 683), Valette (II, p. 336). Allémand (II-1105), Demolombe (VI-544).

fondandosi su la *più parte dei redattori di questa disposizione, educati ne' principj del dritto consuetudinario*, i quali hanno inteso certamente di riprodurre le regole, e negare, che sia lo stesso della disposizione precedente, la quale precisamente ha lo stesso motivo di questa e si spiega nella stessa guisa. Una tale inconseguenza non si comprende affatto e sarebbe difficile immaginare una spiegazione meno logica di quella del dotto professore in questi due numeri 401 e 402 (1).

386 [300]. — Questo usufrutto non avrà luogo a favore di quello fra i genitori, contro di cui sarà stato pronunziato il divorzio; e cesserà per la madre che fosse passata a seconde nozze (2).

387 [301]. — Lo stesso usufrutto non si estenderà ai beni che i figli potranno acquistare separatamente colla loro fatica od industria, nè a quelli che loro saranno stati lasciati per donazione o per legato coll'espressa condizione che il padre o la madre non ne abbiano a godere.

SOMMARIO

- I. I beni a cui non si estende l'usufrutto sono di quattro classi. — Spiegazione della prima: beni acquistati dal figlio.
- II. Seconda classe: beni donati sotto condizione di non godimento. — Questa condizione non è possibile se non se' beni disponibili. Errore di Maleville, Valette e Duvergier. Falso motivo di Toullier, Proudhon, Duranton, ecc.
- III. Terza classe: beni di cui la successione è esclusa come legato. L'usufrutto non lasterebbe di esser lungo a favore del secondo genitore.
- IV. L'usufrutto legale può essere per varie cause differenti. Indicazione delle tre prime.
- V. Quarto caso: rinuncia dell'usufruttuario. — I creditori potrebbero opporglielo.
- VI. Quinto caso: secondo matrimonio della madre. Poco tale che sia iudici dichiarati nullo. Seconda dottrina del Duranton. — La mala condotta della madre non produrrebbe lo stesso effetto.
- VII. Indicazione delle quattro ultime cause. — L'insanguinamento del figlio non potrebbe impedire da' creditori dell'usufruttuario. — La sua rinuncia non farebbe rinvenire l'usufrutto.
- VIII. Osservazioni sull'esclusione del titolo; differenza fra i tre principali diritti che guera la potestà paterna.

I. — Il primo di questi due articoli si occupa delle cause di estinzione dell'usufrutto legale; il secondo indica i beni su cui questo usufrutto non si estende. Trattiamo in prima quest'ultima idea, per finire con le cause di estinzione.

I beni sottratti all'usufrutto legale de' genitori sono di quattro classi: 1.° quelli che il figlio ha acquistati da sè stesso col suo lavoro,

col la sua industria, col suo ingegno, ecc., 2.° quelli che gli vengono donati o legati con la condizione che i suoi genitori non ne debbono godere; 3.° quelli che il figlio ha raccolti in una successione da cui il suo genitore è stato escluso come indegno (art. 730 [653]); 4.° infine, quelli che fan parte di un maiorasco (Avviso del Consiglio di Stato, del 30 gennaio 1811).

Nel primo caso, la legge esige un lavoro ed un'industria separatamente da quelli de' genitori; perchè in effetti, se il figlio applica il suo lavoro, la sua industria, il suo ingegno unitamente al commercio, agli affari, agli interessi de' genitori, non può guadagnar nulla e non può esiger da essi veruna indennità per le sue fatiche, veruna ricompensa per le sue cure: se i genitori sono obbligati di educare il figlio, questi deve prestar loro tutti i servizi ond'è capace.

II. — Nel secondo caso, la legge richiede che la condizione di non godimento de' genitori sia espressa nella donazione o nel testamento. Ma ciò non significa mica che occorra assolutamente trovare nell'atto questa frase: » I beni sono donati alla condizione » che i genitori del donatario non ne godranno; » basta, beninteso, che i termini dell'atto manifestino in un modo certo la volontà del disponente di sottrarre i beni all'usufrutto legale.

Questo caso, di beni donati o legati al figlio sotto la condizione che i suoi genitori non ne godranno, fa sorgere una questione delicata ed importantissima, cioè se questa condizione possa imporsi con effetto a' beni che il figlio dovesse raccogliere a titolo di erede riservatario. Così, un padre muore istituendo suo figlio legatario universale, a condizione che la madre superstite non avrà il godimento de' beni; questa condizione valida al certo per una metà del patrimonio del padre, la quale era disponibile nelle sue mani, lo è essa del pari per la seconda metà, formante pel figlio una successione rigorosamente riservata e che il padre non poteva attribuire a verun altro? Quasi tutti gli autori (tra gli altri Delvincourt, che gli annotatori del Zachariae citano a torto come di un'opinione contraria) rispondono negativamente (3) ed insegnano che la madre può esigere il suo usufrutto sulla metà formante la ri-

(1) Toullier e Duvergier (II-4069, ma senza alcun motivo), Proudhon e Valette (I, p. 237), Maleville (sopra l'art.) Zachariae (II, p. 681), Vazeille (II-441), Chardon (Patr. potes., n. 151), Demolombs (VI-547); Lyon, 46 febb. 1835; Caen, 20 dec. 1840 (Dalloz, 37, 2, 440; Dev. 41, 2, 3).

(2) Non avendo le nostre leggi civili giammai riconosciuto il divorzio, la disposizione dell'art. 386 si trova scritta così: — « Questo usufrutto cesserà

» per la madre che passasse a seconde nozze. » — Il padre quindi che contraesse ad un secondo matrimonio non perderebbe l'usufrutto legale. Vedi la legge ultima cod. de bonis maternis, ed il capo 34 della nov. 22 di Giustiniano. (Nota del tra d.)

(3) Toullier (II-4067), Proudhon (I, p. 263), Duranton (III-376), Delvincourt (I, art. 387, note), Vazeille (Matrimonio, II-447), Lassaul (II, p. 216), Zachariae (II, p. 681).

serva, nonostante la condizione del testamento. Tale si è ancora il nostro avviso.

Ma Maleville (t. I, p. 398) è di un avviso opposto, ed abbiamo udito ottimi giureconsulti corroborare questa dottrina contraria con due argomenti speciosissimi, che dobbiamo qui accennare, per confutarli in seguito (1).

Questi giureconsulti dicono: « Non si potrebbe negare di eseguire, in quanto a' beni riservati, la condizione di cui si tratta, se non facendo dichiarar nullo per rapporto a questi beni il testamento che la contiene, per considerarli come pervenuti al figlio per successione *ab intestato*. Or, la madre non può mai avere contro il testamento questo dritto di annullamento, di riduzione. La ragione, e con lei il testo formale dello art. 921 [831] dicono, che il dritto di riduzione appartiene unicamente agli eredi riservatari o a' loro aventi causa: pertanto in prima, il figlio, i suoi eredi, i suoi legatari o i suoi ereditori, sono i soli che potrebbero agire, se l'azione di riduzione fosse possibile. Ma vi è ancora di più, quest'azione non può esistere neppure in ipotesi. In effetti, lo scopo *essenziale* della riduzione, si è di fare entrare nel patrimonio dello erede riservatario de' beni, de' dritti, de' vantaggi di cui lo priverebbe la disposizione da ridursi; or, qui, il testamento impugnato non ha altro torto se non di porre in questo patrimonio un usufrutto, che senza di esso, non vi entrerebbe mica: la condizione che si vuol fare sparire, come quella che violi il dritto di riserva, dà al contrario al figlio o a' suoi ereditori un vantaggio di cui non godrebbero senza di essa. Adunque, definitivamente, non è possibile di parlar di riduzione. Impugnare un atto come riducibile, ossia come quello che lasci *troppo poco* all'eredità, fondandosi precisamente sul dire che egli dà *troppo*, sarebbe assurdo ».

Queste idee ci sembrano presentare due errori. Ed in prima, è certo, per quanto strana possa a prima giunta sembrare questa proposizione, che il creditore di un erede riservatario possa qualche volta impugnare *come riducibile* un atto che dà *troppo* a questo erede; perchè, nel dargli troppo sotto un punto di veduta, gli dà *troppo poco* sotto un altro. Per esempio, che un padre, in luogo di lasciar passare i suoi beni al suo figlio unico per successione legittima, glieli dia per mezzo di un testamento contenente la condizione che saranno inalienabili nelle sue mani, si crede forse che i ereditori del figlio legatario sarebbero obbligati a rispettare

questa condizione e non potrebbero sequestrare alcuna parte de' beni legati al loro debitore? Tutti sanno che no. Il figlio opporrebbe invano a' suoi ereditori l'argomento riportato più innanzi; invano direbbe che il solo preteso vizio del testamento, si è di dar *troppo* (garrendo al legatario l'insequestrabilità de' beni), e che quindi non v'ha riduzione possibile; gli si risponderebbe che se questo testamento gli dà *troppo* attribuendogli l'insequestrabilità, gli dà *troppo poco* togliendogli per la stessa ragione la facoltà di garantire completamente l'esecuzione de' suoi stipulati, incangiando il suo dritto di contrattare, e restringendo nelle sue mani il pieno dominio che un proprietario deve avere sulla sua fortuna. Gli si direbbe, citando i termini formali di un testo legale, che la quota riservata deve entrare nel patrimonio *libero* dell'eredità; che quindi un donante o testatore può ben rendere inalienabili i valori *disponibili*, ma non mica gli altri (C. proc., art. 581-3° [671]); e con ciò sparirebbe la pretesa assurdità rimproverata alla nostra dottrina. Or, su questa teoria appunto fondasi la nostra decisione ed il dritto per la madre di far dichiarar nulla la condizione di non godimento. La madre, infatti (ed in ciò sta il secondo errore dell'obbiezione), è costituita, dalla legge medesima, l'avente causa del figlio, ha contro di lui il dritto di prendere le rendite de' beni; è adunque uno de' suoi aventi causa e può quindi esercitare la riduzione, se vi ha luogo. Or il dritto di riduzione è evidente, poichè il testatore ha donato *troppo poco* al figlio attribuendogli unicamente sotto una condizione rigorosa, eccezionale, una riserva che dovea pervenirgli franca e libera da ogni regola derogatoria al dritto comune (Confr. Big. 12 novembre 1828).

Ma se ammettiamo in tal guisa la decisione di Delvincourt, Toullier, Proudhon, Duranton, Zachariae, ecc., si vede che non ammettiamo per ciò la loro teorica, ossia la ragione che essi danno di questa decisione. Questa ragione, presentata ora in un modo laconico ed incidente, che è forza in vero indovinarla, come nel Zachariae (che riduce ogni sua spiegazione su tal punto a questa unica frase: « questa condizione deve reputarsi non iscritta in quanto concerne i beni attribuiti a' figli ») gli dà dalla legge medesima a titolo di riserva, « ora con isviluppi che la snaturano e l'otenebrano, anzichè illuminarla, come nel Duranton. Questa ragione consiste nel dire che la condizione di non godimento non essendo applicabile se non a cose donate o le-

(1) Uno di questi argomenti è stato, dopo la nostra prima edizione, riportato da Valot nelle

note su Proudhon (II, p. 264), e Duvergier (su Toullier) sembra del pari adottarlo.

gate non può colpire i beni riservati, poichè questi beni, anche quando sono compresi in una donazione o in un testamento fatti a favore del figlio, non gli pervengono come donati o legati, ma come statigli attribuiti dalla legge medesima. Questa idea, riprodotta di libro in libro da quarant'anni, è tuttavia onninamente falsa, e le lunghe osservazioni del Duranton non potrebbero renderla esatta. Perchè fosse vero che i beni indisponibili onde un autore dispone a favore del suo erede, pervengano tuttavia a questo erede in successione legittima e non per l'effetto della disposizione, sarebbe uopo che la disposizione della cosa indisponibile fosse, nel nostro Codice, nulla e di niun effetto. Or la non è così; la disposizione di cose riservate non è punto nulla, è soltanto suscettiva di essere annullata; la liberalità eccessiva non si trova di pieno dritto ridotta al limite legale, è soltanto riducibile sulla domanda dell'erede o de' suoi aventi causa; e fino a che non se ne fa pronunziare la riduzione, essa conserva una piena ed intera efficacia (art. 920-921 [837-838]).

I beni quindi riservati che pervengono ad un figlio per la donazione o pel testamento del suo genitore cessano di essere nel suo patrimonio come beni donati o legati, per trovarvi come beni trasmessi in successione *ab intestato*, sol dopo la riduzione pronunziata dalla disposizione; e soltanto facendone pronunziare questa riduzione, come avente causa del figlio riservatario, può l'usufruttuario legale sottrarre i beni alla condizione di non godimento. Ci gode l'animo di veder queste idee, incomprese da' nostri antecessori, a pieno adottate dal Demolombe (VI-513).

Queste stesse idee ci menano ad una questione interessante su cui abbiamo avuto da redigere una consultazione. Il signor L... avendo per unico erede un suo nipote, in età minore di diciotto anni, avea legato a suo fratello, prozio del fanciullo, l'usufrutto di tutti i suoi beni, fino alla maggioranza di costui. Il padre del minore, genero del testatore, che si trovava per tal guisa privato del suo usufrutto legale, voleva censurare il testamento e voleva far ritornare a sé la metà dell'usufrutto legato. Il poteva egli? Evidentemente no. Nol poteva per mezzo dell'azione di riduzione, conciosiachè la liberalità era lungi dall'eccedere la disponibile (il

disponente, infatti, non avendo che un discendente poteva donar la metà de' suoi beni, secondo l'art. 913 [829], ed un semplice usufrutto di pochi anni era al certo lungi dal rappresentare la metà del valore dei beni su cui cadeva: sarebbe stata una follia, per riprendere la metà di un tale usufrutto, fare il sacrificio della metà della proprietà, come vuole l'art. 917 [833]. Nol poteva neppure, come a torto supponeano i suoi consulenti, per via di un'azione intentata in proprio nome, *proprio jure*, per lesione arrecata al suo dritto proprio di godimento legale; chè questo dritto non esiste se non per gli usufrutti che si trovano nel patrimonio del figlio. Sarebbe stato adunque uopo, precisamente perchè il dritto proprio del padre esistesse, incominciare dal far rientrare nel patrimonio l'usufrutto legato, in altri termini esercitare l'azione ordinaria di riduzione riservata al figlio ed a' suoi aventi causa.

III. — La terza classe di beni non sottomessa all'usufrutto legale si compone di quelli provenienti da una successione, da cui l'autore usufruttuario è stato escluso come indegno; ma quest'ostacolo legale al godimento dell'autore indegno non impedirebbe, beninteso, il godimento all'altro autore. Pertanto, il padre di un fanciullo di dodici anni è escluso dalla successione di suo fratello, zio di questo fanciullo, morto senza posterità, per aver dato o tentato di dare la morte al defunto [art. 721-1° [642]], ed il fanciullo succede in nome proprio alla successione dello zio; il padre non godrà de' beni, le cui rendite rimarranno proprietà del figlio; ma, se questo padre viene a morire, o se diviene assente dichiarato o presunto, o se privato per una causa qualunque dell'esercizio della patria potestà, la madre prenderà questo esercizio ed anche l'usufrutto legale, il quale si estenderà per lei su que' beni provenuti dalla successione, come su tutti gli altri (1). Che se fosse stata la madre chiamata alla successione ed esclusa per indegnità, il padre avrebbe avuto il godimento de' beni di questa successione, e soltanto quando l'usufrutto fosse indi pervenuto alla madre costei ne sarebbe stata privata.

In quanto all'ultima classe di beni esclusi dall'usufrutto legale, non esige spiegazione. Faremo soltanto osservare che questa quarta causa di restrizione non può ormai durare lungo tempo, in grazia della legge del 12

(1) Nol diciamo che durante il tempo che scorre dal momento in cui i beni pervengono al figlio, fino a quello in cui l'esercizio dell'autorità cessa pel padre, al figlio e non alla madre si appartengono le rendite. Non bisogna vedere contraddizione tra questa idea e la decisione data di sopra, e qui ripetuta, che la madre prenda sem-

pre l'usufrutto, in mancanza del padre, anche durante la vita di lui. Conciosiachè la madre, beninteso, non può prender l'usufrutto, se non quando la causa di questo usufrutto esiste in lei; or, qui, la causa dell'usufrutto, cioè, l'esercizio della potestà, rimane nel padre, non ostante la restrizione del suo godimento.

maggio 1835 che interdice nell'avvenire ogni istituzione di maioraschi, e del decreto degli 11 maggio 1849 che ne abolisce un gran numero e ne sollecita l'estinzione degli altri (art. 896).

Salvo queste quattro eccezioni, il godimento de' genitori si estende a tutti i beni del figlio, qualunque provenienza abbiano e qualunque ne sia la natura; ed esso ne attribuisce loro tutte le rendite ed i prodotti. Così, per esempio, se un figlio di dodici anni ha ricevuto nel 1840, per successione, donazione o testamento, un semplice dritto di godimento che deve estinguersi nel 1845, il padre prenderà ogni anno tutte le rendite che produce questo dritto, e l'estinzione del dritto avvenendo dopo cinque anni, quando dura ancora l'usufrutto legale, il figlio non avrà nulla ricevuto e non riceverà mai nulla; la successione, la donazione o il testamento non avrà profitto se non al padre soltanto. Lo stesso avverrebbe se si fosse donato o legato al figlio un usufrutto od una rendita vitalizia, ed il figlio morisse prima della fine del godimento legale de' suoi genitori; nè il figlio nè i suoi eredi profitterebbero per nulla del legato o della donazione (art. 588 [513]). In breve, il genitore usufruttuario legale esercita tutti i dritti che saranno spiegati in seguito, nella sezione de' *Dritti dello usufruttuario*, art. 582 a 590 [507 e 524].

IV. — Vediamo ora per quali cause si estingue l'usufrutto legale de' genitori.

Queste cause sono al numero di nove, delle quali alcune soltanto richiegono qualche parola di spiegazione.

1° La morte naturale o civile di quello de' genitori che gode l'ultimo del dritto di patria potestà (1).

2° Il decadimento, giudizialmente pronunziato, dal suo dritto di usufrutto, o il suo abuso di godimento, in virtù dell'art. 618 [545]: ma non si dovrebbe, come ha fatto un arresto di Parigi del 4 febbraio 1832, pronunziare la decadenza per semplice inadempimento delle condizioni; che sarebbe un oltrepassare la disposizione già rigorosa dello art. 618 [543]. Ci basta, in questo caso, di prender delle misure che assicurino l'esecuzione.

3° La condanna pronunziata contro di lui per aver eccitata, favorita, o facilitata la dis-

solutezza o la corruzione de' suoi figli (C. pen., art. 334 e 335 [332]).

Ed il dritto di usufrutto non cessa, in tal caso, soltanto pe' beni del figlio, oggetto del delitto, sibbene per tutti gli altri figli ancora, anche quando fossero di un altro letto; chè la patria potestà essendo allora tolta, *cessante causa, cessat effectus*.

V. — 4° La rinuncia dell'usufruttuario al suo dritto di godimento.

Potendo ciascuno rinunciare sempre al dritto stabilito in suo favore, è chiaro che l'usufruttuario legale può rinunciare al suo usufrutto, sia prima di entrare in godimento, sia quando questo godimento è già durato più o men lungamente, sia nello scopo di arrecar vantaggio al figlio, sia per isbarazzarsi di pesi che son troppo onerosi. Invano direbbero che nello accettare dapprima l'usufrutto, l'autore ha contratta l'obbligazione di soddisfare questi oneri; e che quest'obbligazione trovandosi una volta formata, egli non può sottrarsi in seguito. Sarebbe un ingannarsi singolarmente sulla natura del godimento de' genitori. In effetti, esso non è un contratto, un'obbligazione reciproca; è soltanto un dritto offerto a' genitori, dritto i cui oneri indicati dallo art. 385 [289] non sono se non le conseguenze e l'accessorio.

Le sole persone che potrebbero impugnare la rinuncia del padre o della madre sarebbero i loro eredi, de' quali questa rinuncia scemerebbe la garanzia (articoli 622, 1167, 2093 [547, 1120, 1963]).

Del resto, si comprende bene, che la rinuncia del padre, non estinguerrebbe l'usufrutto se non per rapporto a lui, e se indi la sua morte, la sua condanna, od ogni altra causa, trasferisse la patria potestà alla madre, l'usufrutto esisterebbe di nuovo per costei.

VI. — 5° Il secondo matrimonio della madre divenuta vedova.

E non bisogna dire, come il Duranton (III-587), che l'estinzione si troverebbe non aver avuto luogo se questo secondo matrimonio fosse in seguito annullato, fondandosi su ciò: che il matrimonio una volta annullato si reputa non esistito, e non può quindi produrre verun effetto. Accettare questa idea, sarebbe un ingannarsi sul significato delle parole *effetto del matrimonio*: senza dubbio il matrimonio dichiarato nullo (e non contratto di buona fede) non può produrre veruno degli

(1) L'articolo 617 del codice napoleone dice — « l'usufrutto si estingue, colla morte naturale o » CIVILE dell'usufruttuario. » — Il rispondente articolo 512 delle nostre leggi civili avendo detto semplicemente — l'usufrutto si estingue per la morte dell'usufruttuario — ed essendosi d'altra parte presso noi non riconosciuto la morte civile, sembra chiaro che la pena dell'ergastolo non fac-

cia cessare il dritto dell'usufrutto legale in quello de' genitori che ne fosse colpito. A tutti gli argomenti contrari si può rispondere che l'articolo 16 delle leggi penali non ponendo fra gli effetti di questa pena la perdita dell'usufrutto legale, è chiara la illazione che la non essendo sanzionata da verun testo espresso, non ci si può giungere per analogia (*Nota del traduttore*).

effetti di un matrimonio, ma non si può dire, con asseveranza, che il fatto della sua celebrazione non possa produrre veruna qualsiasi conseguenza. Senza di ciò, bisognerebbe dire che un secondo matrimonio contratto durante l'esistenza di un primo essendo sempre nullo e non potendo produrre *verum effectum*, la pena della bigamia non potrà mai applicarsi a veruno!... Si comprende facilmente che la perdita dell'usufrutto legale non è l'uno degli *effetti civili* di un matrimonio; si è la punizione della celebrazione consentita dalla donna, e non altro.

Se si ammettesse questa strana idea, che la perdita dell'usufrutto sia uno degli effetti civili del matrimonio, bisognerebbe concluderne che quando il matrimonio fosse stato contratto di buona fede, come in tal caso produce tutti i suoi effetti (art. 201, 202), l'estinzione dell'usufrutto gli terrebbe dietro! Ciò si è infatti quel che dice *formalmente* il Duranton! Sicchè di due donne vedove, ciascuna delle quali ha sposato un individuo già maritato, l'una conosceva questa circostanza, l'altra l'ignorava, ed il matrimonio di ciascuna è annullato; la seconda, perchè ha agito di buona fede, perderà il suo usufrutto; la prima lo serberà, perchè ha compiuto scientemente un atto colpevole!!! Esporre una simile dottrina, si è confutarla... Il Demolombe (VI-562) confuta dopo di noi e come noi lo strano errore del Duranton.

Non v'ha che un caso in cui l'annullamento del matrimonio farebbe sussistere l'usufrutto: sarebbe quello in cui la madre facesse sciogliere il suo matrimonio, come stato contratto sol per violenza. In questo caso, in effetti, la celebrazione è un fatto a cui, legalmente, ella ha consentito, e di cui per conseguenza non può venir punita (1).

Si è dimandato se bisognava assimilare alla madre che si rimarita quella che, vivendo notoriamente in concubinato, desse alla luce de' figli bastardi, e la corte di Limoges decise questa questione affermativamente con due arresti (16 luglio 1807, 2 aprile 1810); ma la è questa una violazione evidente della legge. In prima, una pena non può mai applicarsi per analogia, per quanto completa quest'analogia possa essere; ma la pretesa analogia non esiste neppur qui: la madre, allora, non consente a collocarsi sotto la potestà di un nuovo marito, nella famiglia del quale porterebbe le rendite de' suoi figli. Per quanto desiderabile possa essere un testo della legge, il quale ammettesse questa causa di estinzione, questo testo non esiste mica, ed a' tribunali non si appartiene il far la leg-

ge. La corte di Aix ha dunque meritato degli elogi, quando, malgrado gli sforzi del pubblico ministero e l'autorità degli arresti anteriori di Limoges, la giudicò (30 luglio 1813) che l'incontinenza della madre, la quale è bene una causa di esclusione della tutela (art. 444 [367]), non è una causa di estinzione dell'usufrutto legale (2).

VII. — 6° La mancanza d'inventario de' beni comuni, dal canto del superstite de' coniugi maritati in comunione.

I valori onde si compone la società che han formata due coniugi, e che debbon dividersi tra il superstite ed i figli eredi del premorto non possono conoscersi se non per mezzo di un inventario redatto all'epoca dello scioglimento di tal società. In conseguenza, e per prevenire le distrazioni ed ogni lesione dei dritti de' figli, la legge ingiunge al coniuge superstite di far fare inventario fra un termine di tre mesi, che può esser prorogato dal magistrato. Mancando questo inventario, il coniuge è decaduto dal suo dritto di godimento legale, non solo su' beni comuni, ma su tutti i beni dei figli.

Questa disposizione costituente una pena, non bisogna estenderla, come fanno parecchi autori, ad altri casi all'infuori di quello preveduto dalla legge. Pertanto, la non si applicherà se non al caso di scioglimento di matrimonio, e di un matrimonio in comunione (sia legale o convenzionale, sia riunita al regime dotale). La non si estenderà al regime dotale, di separazione di beni, di esclusione di comunione; la legge non si è preoccupata di questi regimi, in cui, in effetti, i dritti rispettivi del coniuge superstite e de' figli saranno, ordinariamente, indicati dal contratto di matrimonio (Vedi art. 1442, n.° III [1406]).

7.° Il compimento del diciottesimo anno del figlio;

8.° La sua morte, naturale o civile, accaduta prima dell'età di diciotto anni.

Su' beni del figlio, e come compensazione dell'esercizio della patria potestà, è stabilito il godimento de' genitori. Or, quando il figlio è morto, non v'ha più patria potestà, ed i beni non sono più i beni del figlio. Il Codice ha seguito il principio delle Consuetudini, in cui il dritto di custodia finiva sempre con la morte del figlio; laddove ne' paesi di dritto scritto, l'usufrutto del padre durava su' beni fino alla morte di questo padre (Potbier, *della Custodia nobile e borghese*, sez. 4, § 1).

9° Infine, la sua emancipazione.

È una questione a parer nostro delicata

(1) Proudhon (*Usuf.*, II-444), Zachariae (III, p. 635), Demolombe (VI-564).

(2) Duranton (III-488, Zachariae (III, p. 685), Toullier (I, p. 47), Demolombe (VI-565).

quella se l'usufrutto rinasca, nel caso in cui l'emancipazione venisse revocata, perchè il figlio si fosse mostrato incapace di amministrare i suoi beni (art. 485 [408]). La causa dell'usufrutto, l'esercizio della patria potestà, rinascendo in questo caso, sembra dapprima che l'effetto dovrebbe rinascere ancora. Tuttavia, noi pensiamo, come la più parte degli autori, ch'ei non sarà così. Infatti, se l'usufrutto non può esistere senza la patria potestà, quest'ultima potrà benissimo esistere senza il primo; il che accade quando il padre o la madre rinunciano al loro diritto. Or, consentendo, i genitori sia espressamente, sia tacitamente in caso di matrimonio (art. 476 [399]), all'emancipazione del figlio, l'usufruttuario ha rinunciato al suo diritto; ed il beneficio di questa rinuncia, una volta acquistato dal figlio, non lo si può più torre con la revocazione dell'emancipazione. Questa revocazione, in effetti, non è stabilita pel vantaggio de' genitori, ma nell'interesse del figlio e per garantirlo dalla sua inesperienza (1).

Del resto, i creditori del genitore emancipatore non potrebbero far annullare la rinuncia risultante accessoriamente dall'emancipazione, come possono la rinuncia diretta. L'emancipazione infatti, non è mica una questione pecuniaria, avente per oggetto diretto l'estinzione dell'usufrutto legale; essa riflette un ordine di cose puramente morale, in cui l'interesse pecuniario de' creditori non potrebbe venir ascoltato. L'emancipazione non può essere adunque censurata; e per conseguenza, l'estinzione dell'usufrutto, ch'essa produce come conseguenza forzosamente, non può esserla tampoco.

N. B. — Il divorzio, prima della sua abolizione toglieva ancora il dritto di godimento legale a quello de' coniugi contro cui veniva pronunciato. Ventisei anni scorsi (nel 1842) da che è stato abolito tolgono ogni interesse alle questioni che potevan sorgere per questa causa di estinzione. Dobbiamo soltanto rammentar qui, ciò che da noi è stato già detto innanzi (p. 415), che questa causa di estinzione non deve riportar al caso di separazione personale; e che dopo la sua pronunziazione, solo il padre continua ad avere il godimento de' beni del figli.

VIII. — Da quanto si è detto si vede che, in somma, la patria potestà attribuisce a' genitori tre dritti distinti: 1° il dritto di educazione, che comprende il dritto di correzione; 2° il dritto di amministrazione de' beni; 3° il dritto di usufrutto legale. Crediamo

necessario, prima di lasciare la spiegazione di questo titolo, di presentare la serie delle persone, alle quali ciascuno di questi dritti possa successivamente appartenere, affin di far distinguere le differenze che li caratterizzano sotto questo rapporto, e prevenire per tal modo una confusione in cui sovente si cade.

Il dritto di educazione e di correzione di un figlio legittimo appartiene in prima di ogni altro al padre; in mancanza del padre, ossia quando è morto, presunto morto, interdetto, decaduto da' suoi dritti; in breve tutte le volte che è, per una causa qualsiasi, nell'impossibilità legale di esercitare questo dritto, esso passa alla madre; — in mancanza e del padre e della madre, è esercitato dal tutore sotto l'autorità del consiglio di famiglia (art. 468 [391]). Se adunque, dopo la morte del padre, la madre rifiuta la tutela, o se, dopo la morte della madre, il padre si fa scusare, in questo caso non al tutore, sibbene all'autore del figlio, si appartiene il dritto di educazione. In quanto ad un ascendente che non sia il padre o la madre, ei non lo ha mai come ascendente; può averlo soltanto quando fosse tutore.

Queste stesse regole si applicano al figlio naturale; il dritto di educazione è esercitato su di lui dal padre; in mancanza del padre, dalla madre; in mancanza dell'uno e dell'altro, dal tutore: vi ha soltanto questa differenza che l'interesse del figlio naturale permette sempre a' magistrati, come il permette loro pel figlio legittimo in caso di separazione personale, di torre al padre la custodia e la sorveglianza di questo figlio per trasferirlo nella madre.

Il dritto di amministrazione de' beni, pel figlio legittimo, appartiene, fino a che non è aperta la tutela, al padre, in mancanza di lui, alla madre; ma dal momento che v'ha tutela, questo dritto passa al tutore, anche quando l'uno de' due genitori esistesse ancora e non fosse il tutore: in questo caso adunque, il dritto di educazione ed il dritto di amministrazione si troverebbero disgiunti l'uno dall'altro. In quanto al figlio naturale, questo dritto di amministrazione non appartiene mai al padre nè alla madre in tal qualità: questo figlio dovendo esser sempre in tutela come vedremo sotto l'art. 390, il tutore, sia o no l'autore del figlio, è quello che dovrebbe esercitarlo.

Il dritto di usufrutto legale, che non esiste su' figli naturali, appartiene sempre al padre, o in sua mancanza alla madre, e non

(1) Conf. Proudhon e Valette (II, p. 445), Demolombe (VI-555); — Conf. Toullier (II-303), Duranton (III-396), Zachariae (III, p. 685, n. 23), Marcadé T. I.

in cui l'autore abbandona l'opinione contraria che avea dapprima espressa, ma senza motivo in appoggio, al t. I, p. 269, n. 3), Toullier (II, p. 96). 69

mai ad altri; esso appartiene loro quand'anche vi fosse un tutore che non sia questo padre o questa madre.

RIASSUNTO DEL TITOLO NONO

Della patria potestà.

1. — Denominasi *patria potestà*, l'autorità conferita dalla legge a' genitori su' loro figli minori non emancipati.

Gli effetti della patria potestà variano secondo che essa si eserciti su' figli legittimi o su' figli naturali riconosciuti. Rispetto a' figli legittimi produce tre dritti principali, di cui il primo soltanto esiste nel caso de' figli naturali; essi sono 1.° Il dritto di educazione; 2.° il dritto di amministrazione de' beni; 3.° il dritto di usufrutto legale.

Ciascuno di questi dritti appartiene simultaneamente al padre ed alla madre. Ma l'esercizio ne è riservato al padre, semprechè ne è capace; soltanto quando egli è morto, assente, interdetto o decaduto dal suo dritto per condanna giudiziaria, passa alla madre. Tuttavia, in caso di separazione personale o quando si tratta di figli naturali, l'esercizio della patria potestà può venir modificato nelle mani del padre dal magistrato, malgrado la capacità di esso padre, se il vantaggio dei figli lo richieda.

§ 1.° — Del dritto di educazione.

II. — Il padre, ed in mancanza di lui, la madre, secondo abbiamo or ora detto, sono autorizzati (obbligati anzi, chè si è questo un dritto ed un dovere ad un tempo) a sorvegliare la condotta de' loro figli, a dirigere la loro educazione, a regolare il loro genere di vita.

III. — Una prima conseguenza di questo dritto de' genitori, si è l'obbligo pel figlio di dimorare nella casa paterna o nella casa che il genitore esercitante l'autorità gli avesse assegnata. Il figlio non potrebbe abbandonare questa casa senza il consenso del genitore; salvo 1.° che vi fosse autorizzato dal magistrato a causa de' pericoli che potrebbe correre, o 2.° che ciò fosse per ingaggiarsi nel servizio militare all'età di venti anni (art. 374 [290]).

IV. — La seconda conseguenza del dritto di educazione, è la facoltà per colui che lo esercita, di far detenere il figlio, quando cade in gravi trascorsi.

La detenzione del figlio non dovea essere, e non è, in effetti assimilata dalla legge alla prigionia ordinaria; essa ha luogo senza veruna formalità e può subirsi in uno stabilimento non rivestito del carattere legale di

prigione. Tuttavia, non è possibile se non dietro un ordine del presidente del tribunale di prima istanza; ma quest'ordine non deve contenere neppure i motivi dello arresto (art. 375-382 [302-309]).

V. — La detenzione ha luogo ora per via di autorità, ora per via di domanda soltanto; ossia che, nell'un caso, il genitore ottiene l'ordine di arresto senza enunciare i suoi motivi e senza che il presidente possa ricusarsi; laddove, nel secondo, i motivi debbono sottomettersi al presidente, il quale gli esamina, ed accorda o rifiuta l'ordine, dopo averne conferito col procuratore dell'impero.

La detenzione non ha luogo per via d'autorità se non sotto queste quattro condizioni: 1.° che il figlio abbia meno di quindici anni; 2.° che non abbia beni personali, nè uno stato a sè; 3.° che sia il padre quello che faccia detenere; e 4.° che questo padre non sia attualmente rimaritato.

Quando il figlio ha più di quindici anni, o quando il padre è rimaritato, la detenzione non è possibile se non per via di domanda.

Quando agisce la madre, è a dirsi lo stesso; e di più le fa d'uopo il concorso de' due più prossimi parenti paterni; in mancanza di parenti paterni, di due membri del consiglio di famiglia, o, se il figlio non è in tutela, di due amici del padre. Questo dritto, del resto, appartiene alla madre sol quando ella non è sotto la potestà di un secondo marito.

Infine, allorchè il figlio è proprietario o esercita uno stato, la via di domanda è ancora la sola possibile, anche quando il figlio avesse meno di quindici anni, e fosse il padre quello che agisse. Il figlio ha anche il dritto, in questo caso, dopo che l'ordine è stato dato ed eseguito, di appellare al presidente del tribunale. A quest'uopo, deve indirizzare una memoria al procuratore generale, il quale prende informe dal procuratore dell'impero e fa il suo rapporto al presidente della corte; questi, dopo averne data cognizione al padre e dopo di essersi abbastanza illuminato, può modificare o anche rievocar l'ordine del primo giudice, ed abbreviare o far cessare immantinenti la detenzione (*ibid.*)

VI. — La detenzione di un figlio in età minore di quindici anni, sia che abbia luogo per via di autorità o per via di domanda, non può mai durare più di un mese; al disopra di questa età, può estendersi fino a sei mesi. Del rimanente, il padre è sempre libero di far cessare, innanzi il tempo stabilito primitivamente, la detenzione da lui ordinata o domandata, e la madre ha lo stesso dritto col concorso di due parenti o amici. L'uno e l'altra possono sempre, beninteso, ordinare o do-

mandare, a seconda delle distinzioni di sopra enunciate, una nuova detenzione, qualora il figlio cada in nuovi trascorsi.

In tutt'i casi, la detenzione dev'esser preceduta da un obbligo dal canto del padre o della madre, di pagar le spese che potessero esser dovute, e dalla consegna della somma necessaria per gli alimenti del figlio (*ibid.*)

VII. — Il dritto di educazione e di detenzione appartiene ai genitori naturali legalmente conosciuti, secondo le stesse regole e salvo soltanto le modificazioni che le circostanze esigono.

Pertanto, 1.^a la custodia del figlio può essere attribuita alla madre, malgrado l'esistenza e la capacità del padre, se l'interesse di questo figlio lo richiede; 2.^a la madre eserciterà il dritto di detenzione sempre col consiglio di famiglia; chè, da un canto, non vi saran mai parenti paterni, e dall'altro, vi sarà sempre un consiglio di famiglia, dovendo il figlio naturale esser sempre in tutela; 3.^a il matrimonio attualmente esistente del padre con un'altra donna che non sia la madre sostituirà il modo di domanda al modo di autorità pel figlio al disotto di quindici anni; ed il matrimonio della madre con un altro che non sia il padre torrà a lei ogni dritto di far detenere il figlio (art. 333 [255]).

§. 2. — Del dritto di amministrazione de' beni.

VII. — Finchè dura il matrimonio da cui un figlio legittimo o legittimato è nato o reputato nato, questo figlio non cade in tutela; il padre, qualora è capace, è quello che amministra i beni che questo figlio può aver a sè, e lo rappresenta in tutti gli atti civili.

Se il padre è incapace o indegno di quest'amministrazione, ossia, 1.^a quanto è interdetto, sia giudiziariamente, sia legalmente; 2.^a quando è decaduto dal suo dritto di potestà, per aver favorita la dissolutezza de' figli; 3.^a quando è escluso o destituito dall'amministrazione, come si dirà al n.^o X; 4.^a infine quando è in presunzione di assenza, il dritto di amministrazione passa alla madre. Non sarebbe punto lo stesso per la morte, naturale o civile, del padre; chè, la morte di uno dei genitori producendo lo scioglimento del matrimonio, il dritto di amministrazione legale darebbe in tal caso luogo alla tutela (1).

Che se i genitori fossero entrambi nell'impossibilità di esercitare il dritto di amministrazione, per l'una delle quattro cause che abbiamo testè indicate, questa circo-

stanza non metterebbe il figlio in tutela, chè il matrimonio dura per sempre; vi sarebbe luogo, per questo caso eccezionale, alla nomina di un amministratore giudiziario il quale prenderebbe il nome di tutore provvisorio, senza esser pertanto un tutore vero.

Quando l'amministratore legale si trova nella impossibilità legale di agire, perchè ha nell'affare un interesse opposto a quello del figlio, deve nominarsi a questo figlio dal tribunale un rappresentante speciale, che prende il nome di tutore *ad hoc* (appendice, p. 155).

IX. — L'amministrazione legale non è sottomessa come la tutela alla sorveglianza di un tutore surrogato nè di un consiglio di famiglia, e non produce mica ipoteca legale; ma, beninteso, obbliga colui che la esercita a render conto al figlio, giunto alla sua maggiorità o alla sua emancipazione, ed a restituirgli i suoi beni non che quelli delle rendite non colpiti dall'usufrutto legale, di cui parleremo al §. 3.

In quanto al tutore provvisorio ed al tutore *ad hoc* di cui si è parlato poc'anzi, essi non sarebber tampoco colpiti dall'ipoteca legale; ma il tribunale nel nominare il primo, potrebbe secondo i casi, sottoporlo ad un consiglio di famiglia (*ibid.*)

X. — Poichè l'amministratore legale non è mai sottomesso nella sua gestione all'autorità di un consiglio di famiglia, ne segue che può far da se solo gli atti che un tutore ordinario potrebbe fare con l'autorizzazione di questo consiglio; ma gli fa d'uopo del concorso del magistrato per gli atti che la legge non permette al tutore, neppur dopo l'approvazione del consiglio di famiglia, se non con l'omologazione del tribunale.

Nel caso di tutela, il consiglio di famiglia forma una specie di tribunale domestico giudicante in prima istanza le quistioni di esclusione o di destituzione del tutore; questo consiglio esistendo unicamente per l'amministrazione legale, il tribunale civile dovrebbero in tal caso venir direttamente investiti di queste quistioni. Del rimanente, qui, come nel caso di tutela, le cause che permetterebbero di pronunziare l'esclusione o la destituzione (oltre il caso di condanna ad una pena infamante, che la produce di pieno dritto) sarebbero: 1.^a la mala condotta dell'amministratore, 2.^a una gestione che provasse la sua incapacità o la sua infedeltà (*ibid.*).

XI. — Il governo dei beni del figlio durante il matrimonio essendo un dritto inerente alla patria potestà, non potrebbe ve-

(1) L'assenza dichiarata, facendo presumere la morte, sostituisce ancora la tutela all'amministrazione legale (Vedi il Riassunto del tit. IV, n. XVII,

l. 1). In quanto alla minore età dell'autore, non gli vieta di esser capace di esercitare l'amministrazione paterna.

nrine disgiunto per l'effetto di una volontà privata; in conseguenza, ogni condizione che, in una donazione o in un testamento, togliesse a' genitori l'amministrazione de' beni donati o legati, sarebbe legalmente non avvenuta, come contraria all'ordine pubblico (*ibid.*).

§ 3. Del dritto di usufrutto legale.

XII. — Come ricompensa de' travagli che ragionano a' genitori legittimi l'educazione del figlio e l'amministrazione de' suoi beni, ed anche come prerogativa dovuta alla loro qualità, la legge attribuisce loro l'usufrutto de' beni dei figli sottomessi alla loro potestà.

Questo dritto di usufrutto, a differenza del dritto di amministrazione legale ed a somiglianza del dritto di educazione, non finisce col matrimonio; esso continua dopo il suo scioglimento a favore del superstiti de' coniugi.

Ci rimane qui a vedere: 1° a quale de' due genitori, secondo i casi, si appartiene questo usufrutto; 2° su quali beni si esercita; 3° a quali oneri è sottomesso; 4° infine, per quali cause si estingue.

XIII. — *A chi appartiene l'usufrutto legale.* — La patria potestà appartiene, come è noto, a' due coniugi simultaneamente; ciascuno di essi ha il godimento del dritto: l'esercizio soltanto è esclusivo all'uno o all'altro, secondo i casi. Finchè sono entrambi viventi, capaci e non indegni, la sola preferenza del sesso attribuisce l'esercizio al marito: l'incapacità o l'indegnità del marito lo fa passare alla moglie. Or, in queste idee si trova il principio di attribuzione dell'usufrutto legale a questo o a quello de' coniugi viventi entrambi.

1° Finchè il marito esercita la patria potestà, a lui necessariamente si appartiene l'usufrutto. Ma 2°, quando, per una causa qualsiasi, questo esercizio è tolto al marito e perviene alla moglie, esercitando ella in tal caso non già il dritto di marito, ma un dritto che le appartiene egualmente come a lui, questa riunione del godimento e dello esercizio del dritto produce necessariamente per lei l'usufrutto che ne è una conseguenza. Che se 3° i due coniugi insieme fossero privi, non già del dritto medesimo per indegnità, ma del suo esercizio per incapacità, trovandosi questi coniugi ambedue nella egual condizione, poichè avrebbero entrambi il godimento senza l'esercizio, la sola qualità del sesso attribuirebbe di nuovo l'usufrutto al marito. Se infine, 4° l'uno de' coniugi fosse indegno, ossia privato non solo dello esercizio, ma del godimento medesimo del dritto di patria potestà (per aver eccitato i propri figli alla dissolutezza),

non vi sarebbe questione possibile, e l'usufrutto apparterebbe all'altro, sia che ne avesse il godimento e l'esercizio di questo dritto, sia che ne avesse solo il godimento.

Dopo la morte naturale o civile dell'uno de' genitori, l'usufrutto appartiene all'altro, quando anche fosse privo dello esercizio della patria potestà per interdizione, presunzione di assenza, destituzione o esclusione; la sola causa che glielo farebbe perdere sarebbe il suo decadimento assoluto dal dritto di potestà per indegnità, ovvero per una condanna per aver eccitato i propri figli alla dissolutezza (art. 384 [298]).

XIV. — *Su quali beni cade l'usufrutto legale.* — L'usufrutto de' genitori si estende a tutti i beni del figlio, di qualunque natura si sieno e da qualunque fonte provengano, meno le quattro classi seguenti:

1° Quelli che il figlio si ha procacciati da sé col lavoro o con un'industria applicati ad oggetti estranei agli affari de' genitori;

2° Quelli che gli pervengono da una successione da cui il genitore, usufruttuario, è stato escluso come indegno; ma, beninteso, l'indegnità fa ostacolo all'usufrutto solo pel coniuge indegno, e non per l'altro coniuge;

3° Quelli che sono stati donati o legati sotto la condizione espressa nell'atto, che i genitori non ne godranno punto, purchè non si tratti di beni appartenenti al figlio a titolo di riserva legale;

4° Infine, quelli che fan parte di un maiorascio (art. 387 [301]).

XV. — *Oneri imposti all'usufrutto legale.* Il genitore usufruttuario legale de' beni del figlio è sottomesso, in quest'ultima qualità, a tre specie di obbligazioni.

1° Subisce in prima tutti gli oneri imposti all'usufruttuario ordinario e che saranno spiegati al titolo III del libro II;

2° È tenuto a procurare al figlio una sussistenza, un mantenimento ed un'educazione proporzionati alla sua fortuna.

Quest'obbligazione è lungi dal confondersi con quella, risultante per l'usufruttuario dalla sua qualità di padre o di madre, di nutrire, mantenere ed educare il figlio. Ed in prima, di queste due obbligazioni, la seconda comprende, pel dovere di educare il figlio, la prestazione di certe cure personali non imposte a' genitori, se non in qualità di genitori, non mai di usufruttuari, e che quindi non rientrano nella prima. Ma inoltre, ed in quanto agli oggetti stessi che si trovano comuni alle due obbligazioni, ossia per la sussistenza, il mantenimento e l'educazione ordinariamente detta, esistono ancora quattro differenze tra l'obbligazione risultante dalla qualità di usufruttuario, e quella risultante dalla qualità di padre o di madre.

In effetti, 1° l'obbligazione de' genitori, come tali, è legalmente adempita tostochè han soddisfatto, in un modo qualunque, a' bisogni del figlio, e l'hanno messo in istato di guadagnarsi la vita, comechessia; per contrario, l'obbligazione dell'usufruttuario richiede che si procuri al figlio un mantenimento, una istruzione, un genere di educazione ed una posizione sociale che sieno in rapporto con l'importanza dell'usufrutto, 2° L'obbligazione de' genitori svanisce (meno la prestazione delle cure personali di cui non è più ora questione) appena il figlio ha tanti beni da soddisfare a' suoi bisogni; in guisa che quando l'obbligazione dell'usufruttuario, come tale, viene a nascere, l'altra, in luogo di coesistere e di confondersi con essa, sparisce e cessa di esistere. Quindi segue che quando il coninge usufruttuario trova nei prodotti dell'usufrutto di che soddisfare ai bisogni del figlio, l'altro coninge, per quanto ricco si sia, è francato dall'obbligazione che aveva come padre o come madre. All'incontro, semprechè si tratta dell'obbligazione risultante dalla paternità o dalla maternità, per quanto considerevoli sieno i beni di un coninge, l'altro la subisce sempre nella proporzione della sua propria fortuna. 3° Mentrechè l'obbligazione de' genitori, perchè si esegue su' loro propri beni, cessa o diminuisce tostochè beni, sottemossi o non sottemossi all'usufrutto, pervengono al figlio, quella dell'usufruttuario, all'opposto, perchè si esegue con somme appartenenti al figlio, esiste sempre su' beni sottemossi all'usufrutto, quand'anche il figlio avesse altri beni non sottemossi a questo usufrutto. 4° Infine, mentrechè l'obbligazione ordinaria, cadendo su' genitori, non impedirebbe ad un creditore di costoro di sequestrare, di vendere e di appropriarsi la loro fortuna intera, la quale forma la garanzia de' suoi crediti; l'obbligazione dell'usufruttuario lasciando che i frutti divengano suoi sol dopo la sua esecuzione, i creditori non potrebbero sequestrare l'usufrutto dell'autore se non sotto la deduzione di quanto è necessario per l'adempimento di quest'onere.

— 3° L'usufruttuario legale è tenuto a pagare, in quanto a' beni che cadono sotto il suo godimento, le annuità e gli interessi che si trovano scaduti e non pagati al momento in cui questi beni pervengono al figlio; ed anche di pagare le spese funebri e dell'ultima malattia della persona, per la cui morte questi beni passano al figlio (art. 385 [299]).

XVI. — Come si estingue l'usufrutto legale. — L'usufrutto legale può estinguersi per l'una delle nove cause seguenti:

1° Per la morte naturale o civile dell'usufruttuario legale;

2° Per la sua rinuncia all'usufrutto; salvo, pe' creditori dell'usufruttuario, il dritto di far annullare la rinuncia, se loro arrechi pregiudizio;

3° Pel suo decadimento dall'usufrutto, giudiziariamente pronunziato per abuso di godimento;

In quanto all'inadempimento degli oneri, esso darebbe soltanto luogo, dal canto del tribunale, ad ordinar delle misure necessarie per assicurarne l'esecuzione.

4° Pel decadimento dal dritto di patria potestà, risultante dalla condanna pronunziata per aver eccitata o favorita la dissolutezza de' figli;

5° Per l'inadempimento dal canto del superstite de' coniugi in comunione di beni all'obbligo di far redigere nel termine legale un inventario de' beni della comunione;

6° Pel secondo matrimonio della madre; L'usufrutto non rinascebbe nè collo scioglimento di questo matrimonio, nè pure col suo annullamento, salvo che la madre lo facesse annullare come contratto per violenza. La mala condotta della madre non produce lo stesso effetto del suo secondo matrimonio;

7° Per la morte naturale o civile del figlio; 8° Pel compimento del suo diciottesimo anno;

9° Per la sua emancipazione; Qui i creditori dell'emancipante non potrebbero censurare l'estinzione di usufrutto, che produce l'emancipazione; nè la revocazione di questa emancipazione, per obbligazioni eccessive del figlio, farebbe rinascere l'usufrutto (art. 386 [300]).

TITOLO X

Della minoretà, della tutela e dell'emancipazione.

(Decretato il 26 marzo 1803. — Promulgato il 5 aprile).

Le forze intellettuali dell'uomo, ossia la sua capacità morale, si sviluppano ben tardamente; solo in un'età alquanto provetta, egli si trova in istato di governar sè stesso. Fino a quest'età adunque, la legge lo sottomette, sia alla patria potestà, come si è veduto al titolo precedente, sia al potere tutelare, sia anche, secondo i casi, al potere d'entrambi unitamente.

Non tutti gli uomini divengon capaci alla stessa età; il tale individuo di diciassette anni può avere un maggiore sviluppo d'intelligenza e di ragione, che quell'altro pervenuto già a' venti anni. Ma la legge non poteva, ben

si comprende, far dipendere la maggioranza; per ciascuno in particolare, da un esame presso a poco impossibile; essa ha dovuto, come per la pubertà (art. 144, [152]) come per la durata delle gestazioni legittime, (art. 312, [231]) procedere per presunzione, e fissare un'età stabilita ed uniforme, al disotto della quale son reputati tutti incapaci, laddove tutti quelli che l'hanno oltrepassata son reputati godere di una piena capacità. Coloro che sono ancora al disotto di quest'età, che forma il punto di arrivo della capacità presuntiva della legge, si nominano *minori*; quelli che l'hanno oltrepassata sono detti *maggiore*; espressioni che ordinariamente si usano sole, ma non hanno un senso completo se non mercè queste altre parole sottintese: *minori o maggiori dell'età stabilita dalla legge*. La fissazione di quest'età è l'obbietto unico del cap. I del nostro titolo.

Certi individui potendo già godere di una sufficiente capacità reale prima dell'età stabilita per la capacità legale, la legge permette a coloro sotto la cui direzione si trova un fanciullo, di esimerlo, sebbene ancora minore, dalla patria potestà e dalla tutela, e conferirgli per tal modo de'dritti che si approssimano a quelli del maggiore, senza che con essi si confondano. Questa esenzione eccezionale dalla patria potestà e dalla tutela denominasi *emancipazione*.

Queste idee ci spiegano l'oggetto e l'andamento del titolo che verremo esaminando, e che i redattori han diviso in tre capitoli.

Il capitolo I, della *Minoretà*, ci dichiara fino a qual'età si è minore;

Il capitolo II, della *Tutela*, presenta diverse regole organiche del potere tutelare, ed anche alcune disposizioni relative alla patria potestà;

Il capitolo III, dell'*Emancipazione*, indica le condizioni sotto cui il figlio può esser liberato dalla patria potestà e dalla tutela prima della sua maggioranza, e gli effetti di questa liberazione.

CAPITOLO PRIMO

DELLA MINORETÀ¹.

311 [511]. — Il minore è quella persona dell'uno o dell'altro sesso, la quale non è giunta ancora all'età di anni ventuno compiuti.

SOMMARIO

I. La minoretà ordinaria finisce a ventun'anno. — Differenza tra la minoretà ordinaria e la minoretà del matrimonio.

II. Differenza prima tra la minoretà francese e la minoretà romana.

III. La durata della minoretà si calcola ad ore e non a giorni.

I. — Si può ravvicinare a questo articolo, per spiegarli entrambi insieme, l'art. 488, [411] il primo del titolo seguente, che forma esso solo il capitolo della *Maggioretà*, come il nostro forma da sè solo il capitolo della *Minoretà*. Quest'art. 488, [411] che non aggiunge al nostro veruna idea nuova, è così concepito: « La maggioretà è fissata a ventun'anno compiuto; a questa età si è capace » di tutti gli atti della vita civile, salvo la restrizione consacrata nel titolo del *Matrimonio* ».

Pertanto, a ventun'anno finisce la minoretà, ossia l'incapacità di età, ed incomincia la maggioretà. Ma qui si tratta solo della minoretà ordinaria, e non mica della minoretà in quanto al matrimonio, la quale segue delle regole del tutto differenti. Infatti, 1° mentre la prima finisce sempre a ventun'anno, la seconda si ferma a quest'età solo per le donne, e per gli uomini può durare fino, a venticinque anni; 2° anche al disotto di ventun'anno, ossia quando le due minoretà sembrano confondersi, sono ancora distinte e non sottomettono il figlio allo stesso potere: in mancanza della patria potestà, la minoretà ordinaria lo sottomette al tutore ed al consiglio di famiglia; per contrario, la minoretà di matrimonio lo sottomette, in questo caso istesso, al potere degli ascendenti superiori. Laonde, un giovane di diciotto anni, il quale ha perduto i suoi genitori, abbia ancora un'avola che non è tutrice, dipenderà dal suo tutore e dal consiglio di famiglia per l'amministrazione de' suoi beni, ed anche pel diritto di correzione (art. 450, 488 [373, 411]). In quanto al matrimonio, all'incontro, dipenderà dall'avola sola; avrà d'uopo del suo consenso per maritarsi (art. 150, [164]), e con questo consenso diverrà capace di fare, nel suo contratto di matrimonio, senza verun intervento del tutore nè del consiglio di famiglia, tutti gli atti di disposizione de' beni, che un maggiore potrebbe fare (art. 1398 [1352]).

II. — Del resto, e per tener parola unicamente della minoretà propriamente detta della minoretà ordinaria, è uopo guardarsi dallo assimilare, come han fatto la maggior parte degli autori, la nostra minoretà francese con la minoretà romana.

Presso noi, la minoretà costituisce la piena incapacità di età, essa sottopone alla tutela; ogni figlio in tutela, ogni *pupillo*, è necessariamente un *minore*. A Roma, per contrario, il *minore* non è mai in tutela, non è mai *pupillus*. Ivi la tutela finisce a quattordici anni per gli uomini, a dodici per le donne, ed a quest'età la minoretà incomincia, per durare fino a venticinque anni; il *minor* diviene tale sol quando ha cessato di

esser *pupillus*; l'età pupillare e la minoretà, che si confondono presso noi, son dunque a Roma due periodi che si succedono l'uno all'altro, e di cui il primo soltanto costituisce la vera incapacità di età. Il *minor* non era neppur conosciuto ne' veri principj del dritto romano; l'uomo, in quanto all'età, era completamente incapace o completamente capace; completamente incapace durante la tutela, semprechè era *pupillus*, ossia fino a dodici e quattordici anni, l'uomo diveniva completamente capace al disopra di quest'età. Tardi anzichè no si pensò a dare al figlio già pubero una semiprotezione, che fu sempre ben lungi dall'equivalere alla tutela. Verso la fine del sesto secolo soltanto, una legge *Praetoria* sottomise ad una condanna infamante coloro che abusassero dell'insperanza d'un giovane ancora *minore di venticinque anni*; tosto dopo, il dritto pretorio accordò agli individui *ad hoc minores viginti — quinque annis*, il dritto di farsi restituire in intero contro ogni atto che li avesse lesi. Infine Marco Aurelio permise di dar loro un curatore; eppure ne avevano uno aol quando il domandavano.

Si vede adunque che non v'ha nulla di comune tra il nostro minore ed il *minore dei Romani*, e che quando vorranno presentarsi de' testi romani applicabili a' nostri minori, non sarà mestieri cercarli fra le regole concernenti i *minori*, come si fa tal fiata, ma fra quelle relative a' *pupilli*.

III. — I ventun anno alo spirar de' quali finisce la minoretà debbon naturalmente contarsi ad ore, ad istanti anche, a *momento in momentum*; per lo chè il figlio nato il 30 luglio 1830 a mezzogiorno, avrà ventun anno compiti, e sarà quindi maggiore il 30 luglio 1851 a mezzo giorno: a tal uopo, l'atto di nascita di questo figlio ha dovuto comprovare a qual'ora è nato (art. 57[59]). Non si potrebbe allontanare da questo principio di ragione e contare a giorni, se non quando un testo speciale derogasse a questa regola, come fa la legge per la prescrizione (art. 2260, 2261 [2166, 2167]). Laonde, la legge romana che, per le prescrizioni, esigeva come la nostra il compimento dell'ultimo giorno (D. L. XLI, t. III, § 6), contava come noi qui facciamo la durata della minoretà (L. IV, t. IV, § 3).

(1) L'articolo 389 del codice napoleone nelle nostre leggi civili forma materia dell'articolo 312 e dell'articolo 293, che si legge sotto il titolo della patria potestà nel seguente modo: — « Egli è tenuto a render conto della proprietà e delle rendite di que' beni, de' quali non ha l'usufrutto; della sola proprietà di quegli altri, di cui usufrutto gli è dalla legge attribuito; e della tenuta amministrazione. » (Nota del tradutt.)

Che se l'ora della nascita non fosse cognita, la minoretà essendo un favore, sarebbe il caso di attendere la fine dell'ultima giornata.

CAPITOLO II.

DELLA TUTELA.

Si distinguono due grandi classi di tutele: la tutela de' minori, che forma l'oggetto di questo capitolo, e la tutela de' maggiori interdetti giudiziariamente o legalmente, di cui si occupano il cap. II del titolo seguente e l'art. 29 [14-45] del Codice penale.

La tutela del minore può definirsi un potere deferito, sia dalla legge, sia col permesso della legge, ad una persona capace su di una persona incapace per la sua età, nello scopo di proteggerla. Quando è deferita dalla legge medesima, si nomina *legittima*; quando lo è dalle persone a cui la legge dà il dritto di deferirla, si nomina tutela *dativa*. La tutela dativa si suddivide in *dativa specialmente detta*, e *testamentaria*.

SEZIONE PRIMA

Della tutela del padre e della madre.

389 [312]. — Il padre durante il matrimonio è l'amministratore de' beni di proprietà de' suoi figli minori.

Egli è tenuto a render conto della proprietà e delle rendite di que' beni, di cui egli non ha l'usufrutto, e della sola proprietà di quegli altri il cui usufrutto gli è dalla legge attribuito (1).

N. B. — Quest' articolo, che non appartiene alla materia della Tutela, è stato spiegato al titolo precedente, nell'appendice che segue l'art. 383 [310].

390 [294]. — Dopo lo scioglimento del matrimonio per la morte naturale o civile di uno de' coniugi, la tutela de' figli minori e non emancipati appartiene *ipso jure* al genitore superstite (2).

SOMMARIO

- I. Non è precisamente la morte di un coniuge, sibbene lo scioglimento del matrimonio, quello che apre la tutela de' figli legittimi.
- II. I figli naturali non sempre in tutela, e la loro tutela è sempre dativa.

(2) Questo articolo nelle nostre leggi civili si legge sotto il titolo della patria potestà come segue: — « Art. 294. Per la morte di alcuno de' genitori il superstite sarà tutore de' figli minori, e con tal qualità eserciterà que' dritti, e sarà sommerso a tutt'i doveri che risultano dalla tutela, come sarà spiegato nel titolo X del presente libro. »

I. — Nè questo articolo nè verun altro ci dicono, per qual causa incomincia, pe' figli legittimi, la tutela in generale; esso dice soltanto per qual causa incomincia la tutela legittima dell'uno de' coniugi; che si è allo scioglimento del matrimonio avvenuto per la morte dell'altro. Ma la tutela, in generale, quando mai incomincia pe' figli legittimi? Ecco ciò che non vediamo mica ne' testi. Quando incomincia inoltre pe' figli naturali? Il Codice neanche ne fa motto.

Il momento preciso in cui il figlio legittimo minore e non emancipato cade in tutela, si è lo scioglimento del matrimonio de' genitori, avvenuto per qualunque siasi causa. Ei non v'ha mai tutela, finchè il matrimonio dura; la vi ha sempre, tostochè il matrimonio più non esiste; crediamo facile di provare queste due proposizioni.

Ed in prima, la tutela non deve mai incominciare prima dello scioglimento del matrimonio; lo spirito della legge si manifesta abbastanza a tal riguardo dagli art. 389, 390 e 141 [312, 294, 145]. Durante il matrimonio, il padre è amministratore de' beni, dice lo art. 389, [312], senza distinguere se la madre è o no in istato di sovvenire il padre co' suoi consigli o con le sue osservazioni; la sparizione istessa di questa madre non modifica nulla, il padre non diviene perciò tutore, ed appunto perchè allora non si avvera alcun cambiamento l'articolo 141, [145] nel prevedere la sparizione del padre, non fa affatto parola di quella della madre. Il nostro articolo 390 [294] dichiara, secondo queste stesse idee, che il padre non diverrà mai tutore legittimo se non per lo scioglimento del matrimonio accaduto per la morte della madre. Ma, poichè la morte della moglie cambierebbe l'amministrazione del marito in una semplice tutela, laddove l'interdizione, la sparizione, in breve ogni incapacità di questa moglie, o ancora la separazione personale, non produrrebbe questo effetto, gli è che l'incapacità dell'uno de' coniugi, o la separazione di fatto o giudiziaria di essi coniugi non è, agli occhi della legge, una circostanza tanto grave da esigere le rigorose precauzioni di una tutela. Ciò deriva, senza dubbio dal che queste circostanze d'incapacità o di separazione possono esser sempre solo momentanee, e si presentano d'altra parte ben di rado. E dal momento che questi avvenimenti non hanno la forza di far degenerare l'amministrazione legale in semplice tutela, importa quindi poco che si realizzino nella persona del marito, o anche presso i due coniugi ad un tempo: è ciò quel che provano e l'art. 141, [145] il quale dichiara che la sparizione del padre dà alla moglie non già la tutela, ma l'amministra-

zione legale; ed il nostro art. 390, [294] il quale vuole che la moglie come il marito, non sia mai tutrice legittima se non per la morte del coniuge; ed infine, l'art. 142, [146] secondo cui la sparizione de' due coniugi insieme non darebbe neanche luogo alla tutela.

Ci ha un caso che a prima giunta sembra contraddire questa teorica della legge, ma che al contrario non è se non un risultato logico; si è quello della dichiarazione di assenza. Allora, è vero, vi ha tutela, ad onta che la dissoluzione del matrimonio non sia provata (art. 143, [147] n° V). Ma questa tutela, provvisoria e condizionale come tutte le misure a cui dà luogo la dichiarazione di assenza, è fondata, lo si sa, unicamente sulla presunta morte dello assente; in guisa che, se lo assente ritornasse o desse nuova di vita, non vi sarebbe stata vera tutela, ma semplice amministrazione di un gerente ordinario.

Adunque non v'ha mai tutela finchè v'ha matrimonio. E reciprocamente, vi ha sempre tutela tostochè il matrimonio è sciolto.

Infatti, solo durante il matrimonio vi ha luogo, secondo l'art. 389; [312] alla semplice amministrazione paterna; e nelle osservazioni con cui il Tribunale motivò questa disposizione, si diceva del pari che solo nel mentre che il matrimonio esiste non devo parlarsi di tutela (Fenet, t. X, p. 608). Se il nostro articolo parla soltanto dello scioglimento per la morte che dà luogo alla tutela legittima, si è che lo scioglimento per divorzio era stato preveduto e regolato anteriormente dall'art. 303, il quale attribuiva implicitamente al tribunale la cura di regolare l'amministrazione de' beni de' figli. Ma quest'amministrazione, come insegna con ragione Toullier (t. II, numeri 1093, 1084 e 1095), era una vera tutela, per cui era d'uopo stabilire un consiglio di famiglia, nominare un tutore surrogato, e la quale tutela imponeva anche il peso dell'ipoteca legale.

Pertanto, in pochi detti, finchè v'ha matrimonio, anche quando vi fosse incapacità fisica o legale di un coniuge o di entrambi, o entrambi fossero spariti, o fossero personalmente separati, vi ha semplice amministrazione legale, la quale è esercitata, 1° per principio dal padre; 2° se egli ne è fisicamente o legalmente impedito, dalla madre; 3° se ne sono ambidue impediti, da un gerente giudiziariamente designato per sostituirli. Una volta che il matrimonio è sciolto, per qualunque causa si sia, vi ha tutela.

Il conferimento alla madre, nel caso d'impedimento del padre, dell'amministrazione legale de' beni, conferimento che abbiamo già insegnato nell'Appendice che segue l'art. 383, è negato da alcuni giureconsulti;

quest' amministrazione, ben poco comoda; dicono essi, di una donna maritata, non ha dovuto essere nello spirito della legge. Ma l'errore di questa idea è certo. Ed in prima, i pretesi inconvenienti di quest'amministrazione non esistono mica; poichè se la donna maritata è, in tal qualità, incapace in quanto all'amministrazione de' suoi propri beni, non lascia di essere a pieno capace, come si è già più fiate veduto, per ogni altra amministrazione. Da un'altra banda, il pensiero del legislatore su tal punto è facile a cogliersi. L'amministrazione legale de' beni è un attributo della patria potestà; or, questa potestà appartiene come al padre così alla madre (art. 372, 381 [288, 308]); soltanto pel suo esercizio il primo è preferito alla seconda (art. 373 [288]); adunque, quando il padre non la esercita più, si appartiene alla madre di esercitarla. Per una conseguenza di questo dritto, alla morte del padre la madre diviene tutrice legittima, in pari tempo che usufruttuaria legale (art. 390; [294]) e morendo ella può, come il padre medesimo, deferire l'amministrazione ad un tutore a sua scelta (art. 397; [319]) e, nel caso di sparizione del padre, la legge le attribuisce espressamente l'amministrazione (art. 141 [145]).

Del resto, oggi che il divorzio è abolito, il matrimonio non potendo più sciogliersi se non per la morte (naturale o civile), diviene sinonimo il dire che la tutela de' minori legittimi incomincia con lo scioglimento del matrimonio, o il dire, come più volte noi stessi abbiamo fatto, ch'essa incomincia con la morte di uno de' coniugi. Tuttavia, abbiain dovuto chiarire questa questione la cui soluzione illuminerà quella a cui perveniamo.

II. — Il Codice serba un silenzio assoluto sulla tutela de' figli naturali. Bisogna forse concludere o che questi figli non son mal in tutela, o che la loro tutela segue in tutto le stesse regole di quella de' figli legittimi? È ben evidente che no; i figli naturali, da un canto, possono aver de' beni, e questi beni non posson rimanere in abbandono; dall'altro, non è allo scioglimento di un matrimonio, che punto non esiste presso i loro autori, che la loro tutela può incominciare.

Quando adunque essa incomincerà? Dalla loro nascita istessa, se da questo momento vi hanno de' beni da amministrarsi. Lo spirito della legge manifesta abbastanza questo pensiero. Infatti, per lo scioglimento del matrimonio e tostochè i coniugi avean cessato di esser tali; sebbene vivessero ancora tutti e due, il Codice apriva la tutela de' figli legittimi; or, due genitori naturali che possono non avere veruna intenzione di vivere uniti, che forse son maritati ciascuno dal canto

Marcadé T. I.

suo, non presentano, per la buon'amministrazione de' beni del figlio maggior garanzia di due coniugi divorziati. Se la legge avesse inteso non porre il bastardo in tutela, se non alla morte dell' uno de' suoi autori, gli è che fino a tal momento, vi sarebbe stata per questi autori, come per quelli del figlio legittimo, amministrazione legale; e Toulhier (11-1073), infatti, insegna implicitamente esser ben così. Or, questo è un errore. Il legislatore stabilisce l'amministrazione paterna che precede il potere tutelare, non già finchè i due autori sono viventi, sibbene soltanto finchè dura il matrimonio (art. 389 [312]). De' tre dritti che derivano dalla patria potestà, dritto di educazione, dritto di amministrazione de' beni, dritto di usufrutto, la legge non ha accordato che il primo a' genitori naturali (art. 383 [310]); essa ricusa loro gli altri due. Adunque, l'amministrazione tutelare è la prima e la sola a cui possono essere sottomessi i beni di un figlio naturale. Si è ciò che il Demolombe riconosce al par di noi (VI-650).

Non si legge senza meraviglia un arresto omanato, in contraddizione di questo principio, dalla Corte di Pau, il 13 febbraio 1822.

La donzella Ermet aveva avuto, dal signor Lalanne, una figlia che riconobbero entrambi sotto il nome di Caterina Lalanne. Indi, la madre sposò il signor Queheillat e stette lungo tempo con lui, al servizio di un ricco straniero il quale lasciò alla giovane Caterina beni considerevoli. Per l'amministrazione di questi beni, si formò un consiglio di famiglia composto di amici che conferì la tutela al Queheillat, il quale, infatti, avea sempre fatto da padre alla prole di sua moglie. Questamisura, nello stesso tempo che era legale, era adunque conforme agli interessi del figlio. Bentosto Lalanne, mosso da un sentimento di cupidità, impugnò questa misura, e pretese che la sua qualità di padre gli dava, in virtù degli art. 380, e 384, [312, 298] l'amministrazione e l'usufrutto legale de' beni di Caterina. Or, che fa la Corte del Pau? In luogo di confermare la nomina di tutore, si gitta in uno sbieco, in cui viola due o tre volte la legge contraddicendosi essa stessa da un verso all'altro, il tutto per giungere infine ad un risultato presso a poco simile in fatto.

Pertanto, la Corte riconosce in principio che non vi ha luogo nè all'usufrutto legale nè all'amministrazione legale, atteso che gli art. 384 e 389 [298, 312] sono inapplicabili pel loro contesto stesso a' genitori naturali. Ciò era vero. Ma poichè non v'ha luogo al dritto di semplice amministrazione, come pe' figli legittimi durante il matrimonio, vi ha dunque luogo a tutela, come pe' figli le-

gittimi quando il matrimonio non esiste più? Ebbene, no, non v'ha luogo alla tutela, dice la Corte; *atteso che veruna disposizione comanda di mettere in tutela il figlio naturale che ha i suoi genitori*. Ma veruna disposizione prescrive neppure di porvi il figlio naturale che ha solo il padre o la madre, nè tanto poco quello, che non ha nè padre nè madre; non vi sarà dunque mai tutela per lui. Anzi, come verun testo neppure prescrive pe' suoi beni un altro sistema di amministrazione, poichè la legge serba un silenzio assoluto, segue che non vi sarà mai luogo a veruna misura qualunque. . . . La Corte enuncia indi, *che nello interesse de' figli la madre naturale è più favorevolmente trattata della madre legittima*, e che può benissimo avere l'amministrazione de' beni, che verun testo tuttavia le accorda. In conseguenza di queste idee false e contraddittorie, la Corte rende un dispositivo che annulla come illegale la nomina del tutore Queheillat, il quale però rigetta tutte le pretese di Lalanne, e dà l'amministrazione alla moglie Ermet congiuntamente con Queheillat, suo marito . . .

E poichè i genitori naturali non godono del dritto di amministrazione legale, non avranno neppure nè la tutela legittima, deferita, di pieno dritto dal nostro articolo al superstito de' coniugi, nè il dritto accordato a questo stesso superstito, dallo art. 397, [319] di nominare morendo un tutore al figlio. Questi due dritti, infatti, senza confondersi col dritto di amministrazione legale, son tuttavia, nei genitori legittimi, delle prerogative che da esso derivano. Il figlio naturale sarà dunque sempre in tutela dativa, ed il consiglio di famiglia, come il tribunale in caso di divorzio, sarà arbitro di attribuire la tutela a quello de' due genitori, o anche a quello estraneo che stimerà meglio convenire agli interessi del figlio (Conf., Parigi, 9 agosto 1811).

Ritorniamo alla tutela che la legge conferisce di pieno dritto al superstito de' coniugi, stabilendo tuttavia, tra il padre e la madre, tre differenze che ci verranno presentate dagli art. 391, 394 e 395 [313, 316 e 317].

391 [313]. — Potrà nondimeno il padre destinare alla madre sopravvivenne e tutrice un consulente speciale, senza il cui parere ella non possa fare alcun atto relativo alla tutela.

Se il padre specifica gli atti pe' quali il consulente è nominato sarà abilitata la tu-

trice a fare ogni altro atto senza l'assistenza di esso (1).

392 [314]. — La nomina del consulente non potrà esser fatta che in una delle seguenti maniere:

1. Con un atto di ultima volontà;

2. Con una dichiarazione fatta al giudice di pace assistito dal suo cancelliere, oppure avanti notari.

I. — Questi due articoli c' indicano la prima differenza che esiste tra il padre e la madre in quanto alla tutela legittima; gli è che costei può esser sottomessa dal marito ad un consulente, senza la cui assistenza non potrà fare certi atti, o anche verun atto della tutela. Se il padre ha specificato gli atti per cui l'assistenza gli sembra necessaria, per esempio delle liti, da sostenere, quest'assistenza non sarà richiesta per verun altro atto; ma se il padre non ha detto nulla, essa lo sarà per tutti.

Ed osserviamo bene che non è soltanto un avviso, in conformità o in contrarietà del quale la madre tutrice sarebbe libera di agire, che deve ella ottenere, nello scopo unicamente di chiarirsi; ma sibbene, come dice la fine dello art. 394, [313] *l'assistenza del consulente*, ossia il suo assenso, il suo concorso almeno morale all'atto; in una parola, un avviso conforme. Gli atti consentiti senza questo avviso conforme sono nulli; chè la madre era, secondo i termini istessi dello articolo, *inabile a farli*.

Da ciò segue che il consulente, nel rifiutare il suo assenso ad un atto, astringe la madre ad astenersene, e quindi nasce la questione se questo consulente sarebbe responsabile, rispetto al minore, del danno che l'inadempimento di quest'atto potesse cagionargli. La sola negativa ci sembra ammissibile, poichè questo consulente non amministra mica, non è punto responsabile e non fa che esprimere la sua opinione.

La nomina del consulente, e può essere tale una persona o più d'una, deve farsi o 1° con un atto di ultima volontà, ossia nell'una delle forme volute pe' testamenti (art. 969 a 980; [894 a 906]) e 2° con una dichiarazione consacrata in un atto redatto, sia da due notari e due testimoni o un notaio e quattro testimoni, sia da un giudice di pace assistito dal suo cancelliere.

393 [315]. — Se alla morte del marito la moglie trovasi incinta, verrà nominato

(1) L'articolo 313 sta scritto nelle nostre leggi civili così: « Può il padre destinare alla madre

» sopravvivenne e tutrice un contutore anche e » stranero ». (Nota del traduttore).

un curatore al ventre dal consiglio di famiglia.

Alla nascita del figlio, la madre ne diverrà tutrice, ed il curatore sarà *ipso jure* il surrogato tutore.

I. — Quando, alla morte del marito, non esistono figli minori, ma la moglie è incinta, non si sa a chi appartiene la successione lasciata dal defunto; se il figlio nasce vivo e vitale, egli solo è proprietario; nel caso contrario, si reputerà non abbia mai esistito, ed i beni, sin dalla morte del marito, saranno appartenuti agli altri eredi di lui. È adunque giusto, attendendo lo avvenimento e veduta l'incertezza in cui si è, di non rimettere i beni nè nel possesso di questi eredi, che forse non vi hanno e non vi avranno mai verun dritto, nè sotto l'amministrazione della moglie, per la quale la qualità di tutrice del figlio proprietario non è affatto certa. Da un'altra banda, è da temersi che la gravidanza della moglie sia solo supposta da lei, o che dopo essere stata veramente incinta sostituisca un altro fanciullo a quello che fosse nato morto, il tutto nello scopo di procurarsi per diciotto anni l'usufrutto de' beni ereditari. Il nostro articolo ovvia a questo duplice imbarazzo facendo nominare dal consiglio di famiglia un curatore che sarà incaricato, ad un tempo, e di sorvegliare la vedova per prevenire la supposizione o sostituzione di parto, e di amministrare i beni per conto di colui o di coloro che si troveranno indi avervi dritto.

Se la donna si grava di un fanciullo vitale, ne sarà tutrice legittima, ed il curatore ne diverrà il tutore surrogato. Or, secondo l'articolo 423 [345], il tutore surrogato di un fanciullo deve sempre appartenere a quella delle due linee a cui il tutore non appartiene; è uopo adunque che il curatore ond'è questione sia scelto nella linea paterna. Questa circostanza darà, d'altra parte, maggior garanzia e della sua buon'amministrazione e della cura che avrà nel sorvegliare la vedova, poichè, essendo egli stesso uno de' parenti del marito defunto, e senza dubbio l'uno de' suoi eredi in mancanza de' figli, avrà un interesse personale a ben compiere la sua duplice missione. Del ravvicinamento di questo stesso art. 423 [345], il quale vieta al tutore di votare nella nomina del tutore surrogato, risulta che la vedova, che è, o si dice incinta, non avrà voto nell'assemblea del consiglio di famiglia, in cui sarà nominato il curatore. Ciò è evidente ed ancora oltremodo giusto, poi-

chè, se ella diviene tutrice, sarà egli incaricato di controllarla come tutore surrogato, e sin da ora ancor egli la sorveglierà.

II. — Del resto, la regola del nostro articolo è fatta solo pel caso in cui non esistono, alla morte del marito, altri figli del matrimonio, minori e non emancipati.

Infatti, se ne esistessero, sarebbe in prima certo che l'amministrazione appartiene alla madre come tutrice di costoro; da un'altro lato, la supposizione di parto (*partus*) tendendo a procurarsi fraudolentemente l'usufrutto legale, non sarebbe più da temersi, o il sarebbe molto meno, poichè la madre avrebbe già quest'usufrutto per conto degli altri figli, e non potrebbe esser questione per lei se non di aumentarlo un qualche poco, sia facendolo cadere su di una maggior frazione di beni, sia facendolo durare più lungamente sulla parte del figlio supposto; infine, anche quando esistesse ancora un grave pericolo, la nomina di un curatore sarebbe chiamata dallo scopo istesso della sua missione a sorvegliare costei ed a prevenire la supposizione di parto nello interesse de'suoi pupilli.

Le prime parole del nostro articolo significan dunque: *se la donna è soltanto incinta, senza esser già madre di figli minori; se la donna non pretende dritto all'amministrazione che come incinta.*

Che se esistessero de' figli, ma fosser tutti maggiori o emancipati, è evidente che si sarebbe nel caso preveduto dallo articolo.

394 [316]. — La madre non è obbligata ad accettare la tutela; nondimeno in caso che essa la rifiuti, dovrà adempirne i doveri sino a che abbia fatto nominare un tutore (1).

I. — Una seconda differenza tra il padre e la madre, in quanto al conferimento della tutela, risulta dal nostro articolo. La madre, infatti, che il suo sesso rende ordinariamente meno atta agli affari, può sempre recusare la tutela de'suoi figli; il padre, per contrario, può dispensarsene solo per l'una delle cause generali di scusa indicate nella sezione VI, che sono anche più severe per lui che per ogni altro (art. 435, 436 [357, 358]).

Ma se il nostro articolo permette alla madre di non accettare la tutela, non le permette del pari di esonerarsene dopo di averla accettata. Per dritto comune, la tutela è un onere forzoso; in guisa che la facoltà di rifiutarla costituisce veramente un'eccezio-

(1) L'articolo 316 nelle nostre leggi civili si legge nel seguente modo — « La madre non è obbligata ad accettar la tutela: nondimeno in

» caso che non sia stato destinato un contutore,
» ed essa la rifiuta, dovrà adempirne i doveri sino
» a che abbia fatto nominare un tutore ».

ne, e non deve quindi estendersi al di là dei suoi termini. Da un'altra banda, la dispensa a tutela *jam suscepta* essendo distinta da quella a *asciipienda* e più difficile di essa, come lo si può vedere dal confronto degli art. 428 e 429 [350 e 351] con l'art. 430 [352], ne segue che il nostro articolo, permettendo alla madre di non accettare la tutela, non le dà punto il dritto di ripudiare quella che si avesse assunta.

Del rimanente, il consiglio di famiglia, godendo necessariamente, nello interesse del pupillo, di un potere discrezionale per iscusare un tutore mancante di motivo legale, potrebbe dispensare la madre e lo farebbe probabilmente; ma qui l'ammissione della scusa sarebbe solo facoltativa, laddove nel caso del nostro articolo è obbligatoria.

In quanto al punto di sapere quando la donna si reputa aver accettato, non vi sarà imbarazzo di sorta, se ha fatto un'accettazione espressa, togliendo nell'inventario o in ogni altro atto la qualità di tutrice; ma ella può anche accettare tacitamente. L'accettazione tacita non può risultare dal solo fatto che la moglie ha amministrato, chè la è un'obbligazione formalmente imposta dal nostro articolo; ma risulterebbe dal ritardo che ella avesse arrecato a dichiarare il suo rifiuto al consiglio di famiglia. La legge non avendo fissato verun termine per la manifestazione di questo rifiuto, il consiglio di famiglia, e dopo di lui i tribunali, giudicherebbero dalle circostanze.

Non lasciamo questo articolo senza far osservare che il rifiuto della madre, non dà luogo alla tutela legittima degli ascendenti, ma sibbene alla tutela dativa; la madre, ai termini dello articolo, deve far nominare un tutore. In fatti (e questa regola è importante) non v'ha mai luogo alla tutela legittima se non 1° quando la tutela si apre, ossia allo scioglimento del matrimonio, ed inoltre 2° quando diviene vacante per la morte di un tutore legittimo: quando la vacanza si realizza per la morte di un tutore dativo, o per la scusa, l'esclusione o la destituzione di un tutore qualsiasi, è chiamato allora un tutore dativo (Vedi art. 402 e 405 [323 e 326]).

393 [347]. — Se la madre tutrice vuole rimarritarsi, dovrà, prima del matrimonio, convocare il consiglio di famiglia, il quale deciderà se la tutela debba esserle conservata.

In mancanza di questa convocazione, essa perderà *ipso jure* la tutela; ed il suo nuovo marito sarà solidalmente responsabile di tutte le conseguenze della tutela che essa avrà indebitamente conservata.

396 [318]. — Quando il consiglio di famiglia legalmente convocato conserverà la tutela alla madre, le darà necessariamente per contutore il secondo marito, il quale diverrà solidalmente responsabile, unitamente alla moglie, dell'amministrazione posteriore al matrimonio.

SOMMARIO

- I. Terra ed ultima differenza tra la tutela legittima del padre e quella della madre. — Effetti diversi che può produrre il secondo matrimonio della madre, tutrice legale, sia rapporto a lei stessa.
- II. Effetti che può produrre in rapporto al nuovo coniuge.

I. — Questo articolo ci presenta la terza ed ultima differenza che esiste tra il marito e la moglie, in quanto alla tutela legittima de' loro figli: il nuovo matrimonio della madre superstita le fa perdere la tutela, se non vi si fa confermare, prima della celebrazione, da una dichiarazione del consiglio di famiglia, laddove il nuovo matrimonio del padre non modifica in nulla la qualità nè i dritti di costui. Questa differenza, al pari di quelle analoghe risultanti dagli articoli 386, 381 [300, 308] e 206-1° (1) dipende da questo che il matrimonio non mette mica il marito sotto la dipendenza della moglie, ma la moglie sotto la dipendenza del marito.

Sicchè la donna deve, innanzi di rimarritarsi, convocare il consiglio di famiglia, il quale esaminerà il carattere, la moralità, la capacità, le qualità diverse del futuro patrigno de' pupilli, e giudicherà se convenga conservar la madre per tutrice dandole esso patrigno per contutore, o di far cessare intanto la tutela legittima, nominando un altro tutore in luogo della madre.

Se la vedova si rimarita senza convocare il consiglio di famiglia, perde *ipso facto*, in pena della sua contravvenzione, la sua qualità di tutrice legale, ed il consiglio dee riunirsi al più presto per provvedere alla tutela vacante in dritto. Questo consiglio può benissimo nominare la stessa madre; ma in luogo di esser ella ancora tutrice legittima, come quando è mantenuta nella sua tutela, non sarebbe più che tutrice dativa, donde segue che non avrebbe più il dritto di sceglierne ella stessa morendo un tutore a' suoi

(1) L'articolo 206 del codice napoleone non trova rispondenza nelle nostre leggi civili.

Vedi la nota (4) pag. 378. (Nota del traduttore).

figli (art. 399 [321]), e che alla morte di lei, la tutela passerebbe, non già di pieno dritto agli ascendenti, ma sì ad un tutore dativo, giusta le regole che verranno spiegate sotto gli articoli 402 e 403 [323 e 326].

Del rimanente, sia che il consiglio di famiglia rinomini la madre, sia che scelga un altro tutore, la madre sarà sottomessa, in tutt'i casi, a tutti gli oneri di una tutrice, per l'intervallo scorso tra il suo matrimonio e la sua nuova nomina. Pertanto, le obbligazioni nate contro di lei in questo intervallo importeranno ipoteca legale. Infatti, benchè col suo matrimonio la sua qualità di tutrice cessa in dritto, è chiaro che la sua responsabilità continua e dovrebbe piuttosto aumentare che diminuire, poichè ella è in fallo. Perchè l'ipoteca fosse cessata contro di lei, le sarebbe stato uopo farsi esonerare dalla tutela regolarmente; or, lungi dal farsele esonerare, ella l'ha conservata, dice l'art. 395 [317] in fine: quando non le apparteneva più in dritto, l'ha conservata in fatto; adunque ne subirà le conseguenze: ella l'ha conservata indebitamente, questo non è certo un titolo per esser trattata meno rigorosamente (1). Così, quando la madre, rimaritata senza aver convocato il consiglio di famiglia, non è indi rinominata come tutrice dativa, l'ipoteca legale che colpisce i suoi beni non cessa se non all'entrata in funzioni del nuovo tutore; che se è rinominata, quest'ipoteca continuerà senza aver mai cessato un sol istante.

Il principio generale delle tutele legittime essendo che una tutela di questa classe non può mai succedere ad una tutela dativa, ne segue che la madre, non mantenuta nella sua tutela legittima, non la ricupererebbe mica alla morte del suo secondo marito. La madre, nel rimaritarsi senza convocare il consiglio di famiglia, o malgrado il voto di questo consiglio, ha infranto ella medesima il suo dritto.

Che se la madre ha convocato il consiglio di famiglia e questo l'abbia mantenuta nella sua tutela legittima, nulla è mutato nella sua posizione, salvo che avrà il suo secondo marito per contutore; come diremo più giù.

II. — Vediamo ora qual sarà, secondo i nostri articoli, la parte del secondo marito.

Se il consiglio di famiglia, convocato prima del matrimonio, elimina la madre dalla tutela, le nominerà un successore, ed il secondo marito si troverà quindi completa-

mente estraneo agli affari del pupillo. Ma sarà ben altrimenti se la donna è mantenuta nella sua tutela, o se si marita senza che il consiglio di famiglia abbia pronunziato.

Quando il consiglio di famiglia, conserva la tutela alla donna, non può farlo se non aggiungendole il suo secondo marito come contutore. E poichè costui è contutore, ossia tutore con sua moglie, sarà dunque, come ogni tutore, sottomesso all'ipoteca legale; e come è solo contutore, tutore con la moglie e per la moglie, ne segue che perderebbe questa qualità con la morte, con la destituzione o con la scusa di costei; che quando l'una non è più tutrice, è evidente che l'altro non può esser contutore.

E chiaro, e tale è peraltro la disposizione dell'art. 396 [318], che il secondo marito essendo tutore in pari tempo che la moglie, incaricato come lei e con lei dell'amministrazione de' beni, sarà responsabile come lei della gestione comune; entrambi ne risponderanno, non metà per ciascuno, ma solidalmente, ossia in guisa che l'uno di essi potrebbe esser convenuto pel tutto. (Art. 1200 [1153]).

Quando la madre si rimarita senza aver provocata la decisione del consiglio di famiglia, il marito, cui la legge trova in fallo per non aver fatto regolare la posizione della moglie, risponde, solidalmente ancora, di tutte le conseguenze della tutela; ossia di tutte le condanne che, per effetto della tutela potranno pronunziarsi contro questa moglie anche per atti anteriori al matrimonio. Soltanto allorchè le cose sono andate regolarmente, ed il secondo marito è contutore, egli risponde unicamente della gestione posteriore al matrimonio (art. 396 [318]). Ma reciprocamente il marito della donna decaduta dalla tutela non sarebbe gravato dell'ipoteca legale, poichè non è tutore; sarebbe, secondo noi, un violarla legge giudicando il contrario, come ha fatto un arresto della Corte di cassazione del 14 dicembre 1836:

SEZIONE II

Della tutela deferita dal padre o dalla madre.

397 [319]. — Il dritto personale di assegnare un tutore parente od anche estraneo, non appartiene che a quello de' genitori, il quale morrà l'ultimo (2).

(1) E poichè la madre esercita in fatto la tutela fino alla sua sostituzione, e non è decaduta in dritto se non nell'interesse de' soli minori, ne segue che gli atti ch'ella ha fatti dopo la sua decadenza sarebbero nulli solo nell'interesse di que-

sti minori, e non mica contro essi a favore de' terzi (Arrest conf. Limoges, 17 luglio 1832; Cassazione, 28 maggio 1833).

(2) L'articolo 319 delle nostre leggi civili contiene quest'altro inciso che non è nel francese. —

394 [320]. — Questo diritto non potrà essere esercitato che nelle forme prescritte nell'articolo 392 [314], e sotto le seguenti eccezioni e modificazioni.

399 [321]. — La madre rimaritata e non conservata nella tutela de' figli del suo primo matrimonio, non può assegnare ad essi un tutore.

400 [322]. Quando la madre rimaritata e non conservata nella tutela, avrà destinato un tutore ai figli del suo primo matrimonio, tale destinazione non sarà valida, qualora non sia confermata dal consiglio di famiglia.

SOMMARIO

I. L' tutore non può somministrare un tutore a' suoi figli se non quando è superstita e concorre due alla sua morte la tutela legittima.
II. Osservazione sull' art. 400 e 402 (322 e 320).

I. — Il dritto, accordato all' ultimo moriente de' genitori, di provvedere, per il tempo che seguirà la sua morte, all' amministrazione dei beni del figlio, non è, e non può essere se non la conseguenza del dritto di amministrazione, che egli stesso dalla legge riconosce. Se più non avesse questo dritto di amministrazione, è ben chiaro che non potrebbe conferirlo ad un altro: chè *nemo dat quod non habet*. Quando adunque il coniuge superstite è escluso, destituito o scusato dalla tutela legittima, o ancora quando non è più se non tutore dativo, non può esercitare il dritto di cui parla lo art. 397 [319].

Tutti ammettono questa dottrina in quanto al tutore escluso o destituito; ma i pareri son discordanti quando si tratta di quello che è semplicemente scusato, o di quello che è ancor tutore dativo. Per noi, non vediamo come sarebbe possibile, senza arbitrio, di sottrarre costoro al principio incontrastabile che abbiamo fermato. Il tutore, nel farsi scusare, rinuncia al suo dritto di amministrazione; come trasmetterebbe mai ad un altro ciò che egli stesso più non ha? Questo tutore non può mica, tutti il concedono, nominare il tutore che occuperà il suo posto; si spetta al consiglio di famiglia ciò fare; ma poichè questo superstite dà in tal guisa la dimissione del suo dritto, con qual causa incognita lo ricupererebbe mai al momento della sua morte? Con qual principio, il tutore che lo sostituisce, e che ha ricevuta la sua missione dal consiglio di famiglia, dovrebbe egli, alla morte di questo superstite, allontanarsi per

far luogo a quello che tal superstite ha scelto? . . .

Epperò, se il superstite è tutore, ma semplicemente tutore dativo; per esempio, se il padre dapprima scusato, o se la madre dopo di aver rifiutato o di essersi rimaritata senza esser mantenuta nella sua tutela, sono indirminati dal consiglio di famiglia, questo superstite, tutore dativo, non può tampoco esercitare la scelta ond' è questione; chè, allora, il principio del dritto di amministrazione non risiede più in lui, sibbene nel consiglio di famiglia di cui non è più se non il delegato, e che gli ha conferito solo i dritti che avrebbe conferiti ad ogni altro tutore dativo. Laonde l' art. 399 [321] rifiuta il dritto di nomina alla madre tutte le volte che non è mantenuta nella sua tutela legittima, e non mica soltanto quando non è tutrice. Che anzi, come la madre, anche quando è mantenuta, non conserva il suo dritto legale di amministrazione se non dietro l' approvazione del consiglio di famiglia, così con quest' approvazione soltanto ella può conferire l' amministrazione ad un altro [articolo 400 [322]].

E non solo al momento in cui esprime la sua volontà, sibbene quando muore, dee il superstite avere ancora l' amministrazione; poichè a tal momento della sua morte deve egli trasmettere quest' amministrazione ad un altro.

Si vede, dal testo stesso de' nostri articoli, che la nomina ond' è qui parola, non può mai farsi se non dall' ultimo moriente de' genitori. Un coniuge non può mica, vivente l' altro, nominare un tutore per dopo la sua morte o quella di questo coniuge; egli deve rispettare il dritto che avrà l' altro coniuge di esser tutore legittimo e di nominare un tutore che gli succeda. Pertanto, quando anche uno de' coniugi fosse interdetto, decaduto dalla patria potestà o presunto assente, l' altro, non essendo superstite, non potrebbe far la nomina ond' è questione; chè il primo può (non fosse, in caso di decadenza dalla patria potestà, che per l' effetto del dritto di grazia) ricuperare il suo dritto di tutela legittima. Beninteso, il dritto di nomina esisterebbe se il coniuge fosse assente dichiarato, poichè allora è legalmente supposto morto (art. 123 [129], n. 1); ma se l' assente desse prova di vita, in questo caso la nomina sarebbe non avvenuta.

Le spiegazioni che abbiamo testè date si riassumono a dire che, per nominare efficacemente un tutore al proprio figlio, l' autore dev' essere, e rimanere fino alla sua morte,

» Nondimeno nel caso che si trovi un contutore » destinato dal padre ne' termini dell' articolo 313,

» la madre non potrà uscir di questo dritto che » pe' soli beni di lei ».

tutore legittimo. Chè l'autore tutore legittimo ha necessariamente 1° il dritto di amministrazione derivante dalla legge medesima; 2° la qualità di superstita;— reciprocamente ogni coniuge che è superstita e che ha un dritto di amministrazione proveniente direttamente dalla legge, non è altro che un tutore legittimo.

II. — Si è detto da alcuni che l'art. 400 [322] conteneva una disposizione inutile, permettendo da un canto alla madre mantenuta nella tutela legittima di nominare un tutore, e sottomettendo indi l'efficacia della nomina alla conferma del consiglio di famiglia. Gli è, si è detto, un annichilare il dritto di nomina della madre, poichè il tutore che il consiglio conferma, potrebbe del pari nominarlo.

E questo un errore. Tra due casi, pretesi identici, vi ha questa grande differenza, che il tutore nominato dalla madre, e confermato soltanto dal consiglio di famiglia, sarà tutore malgrado la presenza ed in esclusione degli ascendenti del pupillo; laddovechè, in questo stesso caso, il tutore che fosse nominato dal consiglio di famiglia non sarebbe validamente, e non impedirebbe la tutela legittima di questi ascendenti (articolo 402 [323]).

Del resto, emanando la nomina sia dal padre, sia dalla madre, deve farsi, secondo l'art. 398, [320] nelle stesse forme della nomina del consulente, che il padre può imporre alla madre superstita, ossia 1° con una dichiarazione stipulata avanti notai o innanzi ad un giudice di pace assistito dal suo cancelliere, o 2° nell'una delle forme volute pei testamenti. Diciamo *nella forma* di un testamento e non mica in un *testamento*: chè l'atto sarebbe valido anche quando non contenesse veruna disposizione in quanto a beni e non costituisce quindi, un testamento propriamente detto. Infatti, l'art. 392 [314] non dice mica *con testamento*, ma *con atto di ultima volontà*; or, in tal caso vi ha espressione della volontà ultima in quanto alla tutela; quest'articolo 392 [314] versa adunque solo sulle forme e l'art. 398 [320] n'è pruova col rimandar che fa alle *forme prescritte* anteriormente.

La circostanza che la tutela di cui si tratta non si conferisce mai se non con atto di ultima volontà, l'ha fatta sovente chiamare tutela testamentaria, in opposizione alla tutela dativa propriamente detta, che si deferisce dal consiglio di famiglia. Ma questa qualificazione di testamentaria, che adopereremo noi stessi occorrendo, non le toglie di essere al-

tresi una tutela dativa, poichè vi ha nomina.

401 (1). — Il tutore eletto dal padre o dalla madre non è tenuto ad accettare la tutela, se non è d'altronde nella classe di quelle persone alle quali in mancanza di questa elezione speciale può il consiglio di famiglia addossarne il peso.

I. — Questo articolo, perfettamente inutile nel Codice, significa semplicemente che il tutore eletto dal padre o dalla madre può scusarsi della tutela nella stessa guisa e per le stesse cause di ogni altro tutore. Se i redattori lo scrissero ebbero in iscopo d'indicare questa idea, che il tutore di cui si tratta essendo solo un tutore dativo, può, come i tutori nominati dal consiglio di famiglia, ricusar la tutela, sol perchè esiste, alla distanza di quattro miriametri, un parente o un affine del pupillo in istato di amministrare la tutela, quando non è egli stesso nè parente nè affine. Ma l'art. 432 esprimeva questa idea abbastanza chiaramente perchè si eliminasse il nostro, la cui redazione ha d'altra parte il torto di presentare come regola ciò che è l'eccezione, e viceversa. Infatti, l'impressione che produce la sua prima lettura, si è che il tutore eletto dall'ultimo morcente, a differenza degli altri tutori, non sarebbe, per principio, tenuto ad accettare, e non vi sarebbe astretto se non eccezionalmente; or, questa idea sarebbe completamente falsa.

SEZIONE III

Della tutela degli ascendenti.

402 [325]. — Quando dall'ultimo dei genitori defunti non sia stato assegnato un tutore al figlio in età minore, la tutela spetta di diritto al suo avo paterno; in mancanza di questo all'avo materno, e così risalendo la linea ascendente; in modo che l'ascendente paterno venga preferito costantemente all'ascendente materno del grado medesimo.

403 [324]. — Mancando l'avo paterno ed il materno del minore, e concorrendo due ascendenti di un grado superiore appartenenti entrambi alla linea paterna del minore, la tutela passerà di diritto all'avo paterno del padre del minore.

404 [323]. — Concorrendo due bisavoli della linea materna, la nomina sarà fatta

(1) Questo articolo, come saggiamente nota l'autore, essendo inutile, non credette il nostro

legislatore adottarlo nelle sue leggi civili. (Nota del traduttore).

dal consiglio di famiglia, il quale non potrà però scegliere, che uno di questi due ascendenti.

SOMMARIO

- I. In quell'ordine gli ascendenti maschi vengono alla tutela legittima?
- II. Quando vi ha luogo a questa tutela legittima degli ascendenti?

I. — Dobbiamo esaminar qui due questioni: 1° in qual'ordine gli ascendenti, diversi da genitori, sono chiamati alla tutela legittima? 2° Quale è la regola onde distinguere se vi sia luogo alla tutela legittima di questi ascendenti, o alla tutela dativa? Il testo stesso de' nostri articoli risponde alla prima. Ma per la soluzione della seconda, non si hanno che semplici induzioni: per il che gli autori sono ben lungi dall'esser di accordo su tal punto.

Vediamo in prima in qual ordine sono chiamati gli ascendenti. Parleremo soltanto degli ascendenti, de' maschi; chè le femmine non son mai chiamate alla tutela, di cui si tratta: la tutela legittima del superstiti dei coniugi, quella della sezione 1°, è la sola tutela legittima, di cui le donne sieno capaci, in guisa che non v'ha mai altra tutrice legittima all'infuori della madre. In quanto alle altre ascendenti, posson soltanto essere tutrici dative; ed ogni altra donna, fosse pur sorella del pupillo; è incapace di esercitare una tutela qualsiasi (art. 442-3° [365]). Ora, per l'ordine da seguire nella tutela degli ascendenti maschi, la legge consacra 1° la priorità di grado, 2° la preferenza della generazione maschile, 3° infine, in caso d'insufficienza di queste due regole, la decisione del consiglio di famiglia.

Pertanto, allorchè il pupillo ha un avolo ed un bisavolo, è tutore l'avolo, per priorità di grado. — Se ha i suoi due avi, il padre di suo padre ed il padre di sua madre, il primo prevale sul secondo, in vista della generazione maschile; similmente è a dirsi se esiste nn solo de' due bisavoli paterni, indi uno de' due o i due bisavoli materni: il primo sarebbe tutore. Lo stesso sarebbe ancora tra i due bisavoli paterni: che due bisavoli paterni essendo l'uno il padre *del padre* di mio padre, e l'altro il padre di sua madre, vi ha tra me ed il primo una generazione *continua* maschile che non esiste mica pel secondo, e che dà la preferenza a quello (art. 403 [324]). Che se non v'ha luogo a preferire veruno de' due ascendenti nè per priorità di grado, nè per generazione maschile, come quando sono due bisavoli materni l'uno e l'altro, si è il consiglio di famiglia quello che decide, secondo l'interesse del figlio, a quale de' due sarà la tutela confidata. Ma osserviamo bene che lo ascendente in tal guisa preferito dal

consiglio non lascia di esser tutore legittimo: il consiglio non si riunisce allora per conferire il dritto di tutela, ma per consacrarlo presso l'una delle due persone che lo hanno entrambe. Se si trattasse di un tutore dativo, il consiglio potrebbe sceglierlo ove volesse, il che qui non può fare (art. 404 [325]).

II. — Ora, quando vi ha egli luogo alla tutela legittima degli ascendenti? Gli autori, lo abbiamo già detto, sono lungi dall'esser di accordo su tal punto; e tuttavia, si presenta qui una regola generale che la ragione suppone anticipatamente, e che si trova effettivamente di accordo co' differenti testi. Infatti, non è egli conveniente che quello a cui la legge fa l'onore di conferire ella medesima o direttamente il dritto di tutela non l'eserciti in secondo, come semplice luogotenente, come ausiliario di un altro chiamato prima di lui e che è ancora vivente?... La conseguenza di quest'idea sarebbe, che quando un tutore qualunque sia, legittimo o dativo, sarà scusato, escluso o destituito, a dir breve tutte le volte che, senza morire, sarà eliminato dalla tutela, non vi sarà luogo di chiamare un tutore legittimo, ma un tutore dativo. Ebbene, ecco ciò che vogliono gli art. 405 e 394 [326 e 316]: l'art. 405 dice che vi ha luogo *alla tutela dativa* quando il figlio rimane senza padre nè madre, nè tutore da essi eletto, nè ascendenti maschi, ed anche *quando il tutore dell'uno di queste qualità è scusato o escluso*. L'art. 394 [316] ci dice che quando la madre superstite ricusa la tutela, questa tutela passa, non mica allo ascendente più prossimo, ma all'individuo nominato dal consiglio di famiglia. Sicchè primamente la tutela legittima degli ascendenti ha luogo sempre *alla morte* di un tutore; ma ha essa luogo *alla morte* di ogni tutore? Evidentemente no: questo rispetto pel tutore legittimo, che non permette di chiamarlo semprechè esiste un tutore qualunque sia chiamato prima di lui, non permette di chiamarlo neppure quando il tutore che muore era solo dativo; quando si pongon da banda i tutori legittimi, non può essere per tornarvi dipoi quasi alla peggio. Una volta che la tutela è divenuta dativa, deve rimaner dativa. — Questo sì è il principio dello art. 402 [323], il quale dichiara non esservi luogo alla tutela legittima degli ascendenti, se non quando *dall'ultimo morente de' genitori non sia stato punto scelto un tutore*.

Tuttavia, ei non basta, per far cadere la tutela legittima degli ascendenti, che un tutore *sia stato scelto* dal superstiti de' genitori; è uopo che questo tutore scelto esista ancora alla morte del superstiti. In effetti, la designazione di nn tutore, dal superstiti dei genitori, vien necessariamente fatta, come

ogni dichiarazione di ultima volontà, sotto la condizione che la persona indicata sopravviverà al dichiarante; in guisa che se se premuore, la dichiarazione è reputata non aver avuto luogo. Ma ogni qualvolta alla morte del superstite, il tutore eletto esiste, vi è tutela dativa; e quando anche fosse incapace, folle, interdetto, il consiglio di famiglia provvederebbe alla sua sostituzione. (Arg. dall'art. 405 [326]). — Questa regola, mal compresa da Proudhon, è stata perfettamente colta dal suo annotatore, Valette, il quale (senza svilupparla come noi avevamo fatto) presenta su tal punto (II, p. 295 e 297) l'idea che abbiamo noi stessi adottata.

Adunque, in conclusione vi ha luogo a tutela legittima solo in due casi: 1° pel superstite de' coniugi, quando la tutela si apre per la morte dell'altro; 2° per l'ascendente che il suo grado, o la generazione maschile, o la dichiarazione del consiglio di famiglia, rende preferibile agli altri, allorchè la tutela diviene vacante e gli è attribuita per la morte di un altro tutore legittimo.

Così, quando il superstite de' coniugi muore dopo di aver conservata la tutela legittima sino alla fine, e senza lasciare alla sua morte un tutore da lui eletto, diviene tutore legittimo l'ascendente preferibile; se questo ascendente esercita anch'egli la tutela fino alla sua morte, il secondo ascendente diviene alla sua volta tutore legittimo, e così di seguito. Ma 1° tostochè un tutore legittimo, sia dopo di aver già esercitato, sia prima di entrare in funzioni, si trova non esercitare la tutela, vi ha luogo alla tutela dativa del consiglio di famiglia, e 2° una volta che vi è stato luogo per un solo istante alla tutela dativa, non si ritorna mai alla tutela legittima.

SEZIONE IV.

Della tutela deferita dal consiglio di famiglia.

405 [326]. — Quando un figlio minore e non emancipato rimarrà senza padre e madre, e senza tutore da essi eletto e senza ascendenti maschi, come pure quando il tutore dell'una delle qualità di sopra espresse si trovasse o ne' casi di esclusione, di cui parleremo in appresso, o validamente scusato, si provvederà, dal consiglio di famiglia, alla nomina di un tutore (1).

(1) L'articolo 326 delle nostre leggi civili contiene le seguenti parole, che non sono nel rispondente articolo 405 del codice napoleone — « sia congiunto, sia estraneo (il tutore), secondo la prudenza e religione del consiglio medesimo. »

» Questa nomina dovrà essere omologata dal tribunale civile. Il giudice di circondario dovrà Murcadé T. I.

N. B. — Questo articolo si trova spiegato da ciò che abbiamo detto nella sezione precedente.

406 [327]. — Questo consiglio sarà convocato, tanto a richiesta e preventiva istanza de' parenti del minore, de' suoi creditori o di altre parti interessate, quanto ancora di ufficio e per ordine del giudice di pace del domicilio del minore. Potrà ognuno denunziare a questo giudice di pace il fatto che darà luogo alla nomina di un tutore.

I. — Ei si tratta in questo articolo unicamente della convocazione di un consiglio chiamato a nominare un tutore, e non mica di ogni convocazione di consiglio; chè, nel caso di tutela legittima o testamentaria, il dovere di convocare il consiglio (se questo consiglio non esiste) già è imposto al tutore medesimo, la cui frode sotto questo rapporto darebbe luogo a destituzione (art. 421 [343]).

Il nostro articolo, in quanto si occupa di una prima convocazione, non si applicherà neppure tutte le volte che vi sarà luogo al conferimento della tutela dal consiglio di famiglia; chè, il più sovente, il consiglio esisterà già prima dell'apertura della tutela dativa. Diciamo il più sovente, e non sempre, giacchè vi ha luogo a creare il consiglio per nominare un tutore, 1° quando si tratta della tutela di un figlio naturale; 2° quando, dopo la morte di un coniuge, l'altro muore anche egli senza essersi occupato della tutela e senza lasciare verun ascendente del figlio.

407 [328]. — Il consiglio di famiglia, non compreso il giudice di pace, sarà composto di sei parenti o affini, metà del lato paterno, metà del materno, secondo l'ordine di prossimità in ciascuna linea, i quali potranno prendersi lanto nel comune ove si farà luogo alla tutela, quanto nella distanza di due miriametri (2).

Il parente sarà preferito all'affine nello stesso grado, e fra i parenti di ugual grado verrà preferito il più vecchio.

I. — Per principio e salvo l'eccezione che c'indicherà l'articolo seguente, il consiglio di famiglia si compone solo di sei membri, tre che rappresentano il parentado paterno del

» di ufficio rimettere il verbale al procurator genio, senza frattanto impedirsi l'esecuzione della nomina fatta. » (Nota del traduttore).

(2) L'articolo 328 delle nostre leggi civili risponde all'articolo 407 del codice napoleone, invece di dire — due miriametri — dice — dieci miglia, che è la misura italiana. (Nota del trad.)

pupillo, tre il parentado materno. Gli affini sono chiamati come i parenti e senza che costoro sieno ad essi preferiti per la loro sola qualità di parenti; unicamente quando il parente e l'affine sono dello stesso grado, la parentela prevale sull'affinità. Tra due parenti, ed anche (tuttochè l'articolo nol dica) tra due affini, di uno stesso grado, l'età più provetta determina la preferenza.

Del resto, l'affine deve chiamarsi, secondo noi, sol quando il coniuge che produce l'affinità esiste tuttavia, o quando è sostituito dai figli che ha lasciati. Senza dubbio, l'affinità, una volta formata, sussiste sempre qualichessieno gli avvenimenti posteriori, ed anche quando il coniuge che la produrrebbe fosse morto senza figli; ma pensiamo che in questo stato, l'affinità non abbia più verun effetto legale, eccetto soltanto per *gl' impedimenti al matrimonio*. Per tal guisa la parentela naturale, quando non è regolarmente comprovata, produce l'impedimento al matrimonio (art. 161 [158], n. II), senza avere verun effetto fuori di questo caso. Crediamo che sia lo stesso dell'affinità, quando il coniuge che l'ha prodotta è morto senza figli; e questa regola ci sembra risultare abbastanza dagli articoli 206-2° (1), C. civ.; 282 e 378-2° [377 e 470] C. proc. — Quest'opinione è stata combattuta, dopo la nostra 1ª edizione da Vallette [II, p. 315], il quale poggia la decisione contraria su questa definizione di Pothier (presa nel dritto romano): *L'affinità è il rapporto che intercede tra l'uno de' coniugi ed i parenti dell'altro*. Ma precisamente trattando *degli impedimenti al matrimonio* (part. III, cap. 4, art. 2) Pothier parla in tal guisa assolutamente, e la sua definizione, al certo giustissima, non gli vieta mica di esser del nostro avviso sul punto che trattiamo. Trattando della formazione del consiglio di famiglia, egli dice: *Si convocano gli affini come i parenti; gli affini son quelli che hanno sposato una parente del minore LA QUALE È VIVENTE, O DI CUI SI AVI QUALCHE FIGLIO (delle Persone, titolo VI, sez. IV, art. 1, § 2) (2).*

408 [329]. — I fratelli germani del minore ed i mariti delle sorelle germane, sono i soli eccettuati dalla limitazione del numero stabilito nel precedente articolo.

Quando sieno sei o più, saranno tutti membri del consiglio di famiglia, che da essi soli verrà composto unitamente alle vedove degli ascendenti ed agli ascendenti legittimamente scusati, se ve ne fossero.

Quando fossero in numero minore, sa-

ranno chiamati gli altri parenti per completare il consiglio.

I. — Chiamansi *germani* i fratelli che sono tali dal lato del padre e della madre, *cognasanguinei* quelli che il sono dal lato del solo padre, ed *uterini* quelli che il sono unicamente dal lato della madre.

Ciò compreso, il nostro articolo, di cui Delvincourt, Proudhon ed alcuni altri dopo di essi sembrano non aver colto il senso, ci pare tuttavia di facile spiega. La difficoltà viene da questo che la legge, dopo di aver detto che i fratelli germani ed i mariti delle sorelle germane sono *soli* eccettuati dalla limitazione del numero di sei, chiama tuttavia con essi, al di là di questo numero, le ascendenti vedove e gli ascendenti scusati. « Questi ultimi, dicesi, sono adunque eccettuati ancora; ed in quanto agli ascendenti che non hanno avuto d'uopo di seusa per non esser tutori, perchè la tutela non è stata loro deferita, è chiaro che saran trattati così favorevolmente come gli ascendenti scusati, in guisa che saran del pari eccettuati dalla limitazione. Adunque, lo articolo significa che i fratelli germani di mariti delle sorelle germane, indi ancora gli ascendenti e le ascendenti vedove, son sempre chiamati al consiglio, qualunque sia il loro numero. »

Ma ci sembra evidente non esser questo il senso dello articolo. Ed in prima, i fratelli germani ed i mariti delle sorelle germane sono *soli* eccettuati dalla regola che non ammette se non sei membri al consiglio. In quanto alle ascendenti vedove ed agli ascendenti scusati, son chiamati a prender parte alle deliberazioni del consiglio, ma non ne son mica membri. L'articolo s'intende bene a tal guisa, poichè dichiara che malgrado la loro presenza i fratelli germani ed i mariti delle sorelle germane *lo comporranno soli*, in modo che se fossero meno di sei, bisognerebbe chiamare altri parenti per completarlo.

Diciamo *le ascendenti vedove*; chè non è dubbio per veruno, e l'istorico della redazione del Codice prova, esser questo il senso dato alle parole *vedove degli ascendenti*, che peccano di troppa generalità. Infatti, la qualifica di vedova di ascendente converrebbe ancora alla seconda moglie dello ascendente morto, la quale potrebbe essere completamente estranea al figlio. Ei non si tratta se non degli ascendenti e delle ascendenti vedove, donde segue che quella che è ancora maritata allo ascendente non ha il dritto indicato dallo articolo, e quella che si fosse

(1) Questo articolo fu soppresso nelle nostre leggi civili. Vedi la nota (1) pag. 378. (Nota del traduttore).

(2) Conf. Rouen, 28 agosto 1809; Riget., 16 luglio 1810. — Conf. Riget., 21 febb. 1825.

rimaritata ne sarebbe del pari privato. È evidente che fra gli ascendenti è uopo porre, in quanto all'esercizio di questo dritto, la madre superstite e non rimaritata la quale non ha accettato la tutela.

II. — Le ascendenti vedove e gli ascendenti scusati non son dunque chiamati al consiglio se non per rispetto al loro titolo: il loro voto vi è ricevuto, quando vogliono darlo; ma non è indispensabile. Ed infatti, le ascendenti, quando hanno una causa di scusa, non dovean punto subire la qualità di membro *onerario*; si è un onere che la legge non permette di imporre. Ma sarebbe ben altrimenti degli ascendenti non iscusati; non sarebbero soltanto chiamati come membri semplicemente onorari; essi sarebbero sottoposti alla regola generale, e ne subirebbero, occorrendo, tutte le conseguenze. Diciamo *occorrendo*, chè essi diverranno per tal guisa membri onorari sol quando, beninteso, facesser parte de'sei parenti o affini più prossimi.

Del resto, se gli ascendenti non iscusati possono e debbono, sotto le condizioni volute, esser membri onerari del consiglio, laddove le ascendenti e gli ascendenti scusati non posson mica, non è questa al certo una ragione, per ricusare ai primi il dritto, accordato agli altri, di esser anche membri onorari, quando non si troveranno nel numero di sei.

409 [350]. — Quando i parenti o affini nell'una o nell'altra linea non si troveranno in numero sufficiente ne' luoghi o nella distanza indicata nell'articolo 407 [328], il giudice di pace chiamerà i parenti ed affini domiciliati in distanza maggiore, come pure i cittadini di quel comune cogniti per aver avuto abitualmente relazione di amicizia col padre o colla madre del minore.

I. — Quando, nella distanza di due miriametri dalla comune ove si è aperta la tutela, non si trovano i tre parenti o affini che debbon rappresentare una linea; per esempio, se nella linea paterna si trova un solo parente ed un solo affine, non bisogna già nell'altra linea prenderne uno di più; chè, in tal guisa, si avrebbero quattro parenti di una linea e due dell'altra, il che romperebbe l'equilibrio. Il giudice di pace può allora chiamare a sua scelta, o un amico del padre, purchè abiti nella stessa comune, o un parente o affine paterno domiciliato al di là de' due miriametri. Pertanto, il nostro articolo parla non già del caso in cui le due linee riunite non fornissero i sei parenti o affini, ma del caso in cui l'una delle due linee

non fornisse il suo contingente di tre. Leonde l'articolo dice *nell'una o nell'altra linea*, e non *nell'una e nell'altra*. — Queste parole non esistevan dapprima nello articolo; l'addizione ne fu domandata dal Tribunale « onde non si creda permesso di completare una linea chiamando i parenti o gli affini dell'altra. » (Fenet, t. X, p. 611).

410 [331]. — Il giudice di pace quando anche si trovasse nel luogo un numero sufficiente di parenti od affini, potrà permettere che vengano citati, qualunque sia la distanza del domicilio, i parenti ed affini di grado prossimiore, o di grado eguale a quello de' parenti o degli affini presenti; in maniera però che ciò si esegua sottraendo alcuno di questi ultimi, e senza oltrepassare il numero stabilito negli articoli precedenti.

SOMMARIO

- I. Latitudine lasciata al giudice di pace in quanto alla formazione del consiglio.
- II. Il consiglio di famiglia esiste in ogni tutela.
- III. Il luogo dell'apertura della tutela (in quale determina la composizione del consiglio, il luogo della sua tenuta e la comparsa del giudice di pace chiamato a convocarlo ad a provvederle) resta lascia invariabilmente per l'apertura della tutela della proprietà della.
- IV. L'inosservanza della regola prescritta per la formazione del consiglio dà luogo ad una nullità facoltativa per i tribunali.

I. — Il giudice di pace, lo si vede, gode di una certa latitudine per rediger la lista delle persone che debbon comporre il consiglio di famiglia. Pertanto, oltre che in mancanza di parenti e di affini nella distanza legale, è libero di chiamare o degli amici del comune stesso o de' parenti o affini dimoranti lontano (art. 409 [330]), è pure padrone, anche in presenza di parenti o di affini dimoranti nella distanza legale, di chiamare, da qualunque siasi distanza, altri parenti o affini di grado più prossimo o dello stesso grado (art. 410 [331]).

II. — Prima di passare agli articoli seguenti, dobbiamo allogar qui parecchie spiegazioni di una grande importanza.

Ed in prima, sebbene la legge non ci parli dell'organamento del consiglio di famiglia se non in questa sezione IV, ed a proposito della tutela che questo consiglio deve deferire, è ben chiaro che un consiglio di famiglia deve esistere in ogni tutela, tanto nei casi preveduti dalle tre sezioni precedenti quanto nel caso della nostra sezione. Questa regola è scritta nello art. 421 [343], il quale dichiara che, nel caso di queste sezioni I, II e III, *il tutore deve, prima di entrare in funzioni, far convocare un consiglio di famiglia composto come è detto nella nostra sezione*.

ne IV. Ancor più, questo consiglio sopravvive eziandio alla tutela; continua, dopo l'emancipazione, durante tutta la minore età (art. 483 [406]).

Pertanto, la circostanza che il legislatore si è occupato dell'organamento del consiglio di famiglia solo nella presente sezione IV, è sotto questo rapporto completamente insignificante. Ma non è punto lo stesso sotto tutt'i rapporti; questa medesima circostanza irradierà una grave quistione che verremo esaminando al numero seguente, e ci aiuterà a discernere l'una delle differenze che esistono tra le tutele legittime o testamentarie e la tutela dativa.

III. — Il consiglio di famiglia, secondo gli articoli di sopra, si compone di sei parenti o affini i più prossimi tra quelli che dimorano nella comune, o a due miriametri della comune in cui la tutela si è aperta (art. 407), ossia nella comunione nella quale il figlio aveva il suo domicilio quando la tutela è incominciata (art. 406 [327]); il giudice di pace del cantone in cui si trova questa comune è presidente del consiglio (art. 416 [337]), ed in sua casa egli terrà seduta (art. 415 [336]). Ma qual'è l'apertura della tutela di cui parla l'art. 407? E forse soltanto l'avvenimento primitivo quello che ha fatto cadere il figlio in tutela, ossia la morte dell'uno dei suoi due autori; ovvero ogni avvenimento che dia luogo ad un nuovo tutore; o infine, l'avvenimento che apre la tutela dativa propriamente detta, ossia il dritto di nomina del consiglio di famiglia?

Il secondo sistema è evidentemente inaccettabile. Ei non v'ha mica tante aperture di tutele quanti tutori nuovi. È d'altra parte impossibile pensare che il legislatore abbia inteso permettere ad ogni tutore, qualunque sia, di cambiare, come volesse e quando volesse, il consiglio di famiglia, sol perchè prendesse, a venti o trenta leghe di distanza, un domicilio nuovo, il quale essendo il domicilio del minore (art. 108 [113]) darebbe luogo ad una nuova composizione di consiglio, quando questo tutore venisse a morire (art. 406, 407 [327, 328]). Pertanto, questo sistema è respinto da tutti gli autori e dalla giurisprudenza (1).

Ma se vi ha perfetto accordo tra gli autori, ed anche tra gli arresti, per la disapprovazione di questo sistema, non è più lo stesso, quando si tratta di sapere quale de' due altri deve adottarsi. L'apertura di tutela che dee fissare, per sempre ed irrevocabilmente, il domicilio del consiglio di famiglia è essa l'a-

pertura della tutela in generale, avvenuta per la morte dell'uno degli autori; ovvero è l'apertura della tutela deferita dal consiglio di famiglia?... Così, due giovani, nati entrambi lungi da Parigi, si eran maritati e fissati per un'intrapresa commerciale; il marito muore, e la madre, tutrice legale del giovane figlio, è sottomessa ad un consiglio di famiglia composto di amici; dopo due o tre anni impiegati alla liquidazione de' suoi affari, ella ritorna nel suo paese, nella sua famiglia, i quali forse sono ancora il paese e la famiglia del marito defunto; forsechè in queste circostanze, la madre non potrà far convocare, al suo nuovo domicilio, un consiglio composto di parenti molto prossimi delle due linee, e sarà ella tenuta (come dopo di essa gli ascendenti) a continuare la gestione col consiglio di amici che si trova a Parigi, a sessanta leghe di là?... In breve, gli art. 406 e 407 [327, 328] sono essi scritti per ogni specie di tutela, o soltanto per le tutele deferite dal consiglio di famiglia?

Duranton insegna (III, n° 453) che si tratta negli art. 406 e 407 dell'apertura della tutela in generale; in guisa che dovrebbero applicarsi ad ogni specie di tutori. Ma egli decide però (senza darne veruna ragione di dritto) che la regola dovrà modificarsi, quando si tratterà de' genitori, o degli altri ascendenti; non distingue neppure se questi ascendenti siano tutori legittimi o tutori dativi. Il Zachariae presenta la stessa dottrina (I, § 91, p. 192). — Il Magnin (I, numeri 70 a 78), senza lasciare indovinare su di che si poggia, dice che l'immutabilità del consiglio ha ben luogo pe' tutori legittimi come per gli altri; ma soltanto quando questo consiglio si è riunito almeno una volta: finchè non vi è stata una seduta, il tutore legittimo potrebbe, secondo lui, far convocare un nuovo consiglio al suo domicilio attuale. Il Valette, troppo giudizioso per cadere in tal guisa nell'arbitrio, respinge queste eccezioni e condizioni senza base nella legge, e decide (t. II, p. 314) che gli art. 406 e 407 [327, 328] si applicano ad ogni tutela, a tutti i tutori, senza restrizione veruna. Questa è ancora l'opinione di Duvergier. — Per contrario, Toullier (II, 1114), Delvincourt insegnano che si tratta soltanto delle tutele dative, e che il giudice innanzi a cui il consiglio dovrà continuare a convocarsi durante tutta la minore età, è quello del luogo in cui si è fatta la prima nomina di un tutore.

Questo principio fermato da Delvincourt e Toullier, ma di cui niuno di essi indica le

(1) Cassaz., 29 nov. 1809; Rennes, 9 febb. 1813, e 31 agosto 1818; Cassaz. 23 marzo 1819; Rig., 4 genn. 1812; Cassaz., 11 mag. 1812; Aix, 9 mag-

gio 1816; Nimes, 2 marzo 1818 (Dev., 42, 1, 216 e 661; 46, 2, 580; 48, 2, 295).

basi, nè sviluppa le conseguenze, ci sembra essere il vero principio del Codice. Il consiglio di famiglia di cui parlano gli art. 405, 406 e 407 [326, 327, 328], e che deve, come si è detto di sopra, rimanere invariabile fino alla maggiore età o all'emancipazione, si è, secondo il testo stesso di questi articoli, il consiglio convocato per provvedere alla nomina di un tutore (art. 405 [326]); è questo consiglio (convocato per una nomina) che ha per presidente il giudice di pace del domicilio del minore (articolo 406 [327]). La legge, come indica la rubrica della sezione, non si occupa se non della tutela deferita dal consiglio di famiglia; essa non parla nè delle tutele legittime, nè della tutela deferita dal padre o dalla madre. Ed infatti, vi ha, in quanto ai rapporti del tutore col consiglio di famiglia, una grande differenza tra la tutela legittima o testamentaria, e la tutela dativa; e questa differenza spiega perfettamente, secondo noi, la teorica della legge.

Nel caso di tutela dativa propriamente detta, il consiglio di famiglia si costituisce dapprima e trova in sè il principio del dritto di gestione, che egli delega all'uomo della sua scelta. Il tutore non è allora se non il mandatario, il commesso, per così dire, del consiglio di famiglia; come dunque potrebbe mai, scegliendosi ben lungi un domicilio nuovo, rendersi indipendente da questo consiglio e togli la potestà sul figlio? Come la sua morte, la sua scusa o la sua destituzione potrebbero avere per risultato di sciogliere il primo consiglio di famiglia e farne costituire uno in un altro paese? O il mandatario attingerebbe forse il potere d'infrangere i dritti del suo mandato e di annullare la potestà che lo rende ciò che è?... Adunque, quando vi è stata, dal canto di un consiglio di famiglia, una prima nomina di tutore, questo consiglio rimane competente per tutta la fine della tutela: da lui è emanato il dritto di tutela, innanzi a lui debbon seguire tutte le operazioni a cui questa tutela darà luogo.

Per contrario, nella tutela legittima e testamentaria, il tutore esiste prima del consiglio ed indipendentemente da esso; qui non che il consiglio erei il tutore, è il tutore che fa creare il consiglio (art. 421 [343]); egli non è punto il delegato di questo consiglio, ha un dritto suo proprio, che gli vien dalla legge medesima, o dal superstita de' genitori che glielo ha trasmesso sulla permissione della legge. Ma poichè è già tutore ed il pu-

pillo ha già il suo domicilio presso di lui, anche prima che esista un consiglio di famiglia, al suo proprio domicilio, che è quello del fanciullo, convocherà quindi questo consiglio; e se, più tardi, forse nello interesse stesso del fanciullo, crede dover trasferire questo domicilio lontano, come avea luogo nell'ipotesi testè riferita farà convocare al suo nuovo domicilio un nuovo consiglio di famiglia; se un secondo tutore, legittimo o testamentario, succede al primo tutore legittimo, si è il domicilio di questo nuovo tutore il quale regolerà la formazione del nuovo consiglio di famiglia, e così via via fino a che si giunge ad un consiglio di famiglia che si trovi chiamato a nominare un tutore. Quest'ultimo consiglio non può più variare fino alla maggiore età o all'emancipazione del fanciullo.

Tutto ciò è il risultato di questa duplice idea che la tutela dativa emana dal consiglio di famiglia e si rallegra necessariamente ad esso, come l'effetto alla sua causa (art. 405); laddovechè, nelle tutele legittima o testamentaria, il tutore preesiste e trae dietro di sè come sua conseguenza l'organamento del consiglio (art. 421 [326]). E questo risultato della teorica giuridica non è esso di accordo con la natura ed il bisogno delle cose? Non è forse giusto che gli ascendenti di un figlio, specialmente i suoi genitori, come anche l'uomo che la loro tenerezza fa loro scegliere, sieno, rispetto al consiglio di famiglia, in una dipendenza meno completa, meno fastidiosa, di un tutore che non è se non l'uomo di questo consiglio, ed a cui il pupillo può esser del tutto estraneo? Non è egli giusto che la legge dia più confidenza a' primi, che al secondo? Nel cambiar di domicilio, i primi si preoccuperanno dello interesse del figlio; il secondo, il più sovente, non se ne inquieterebbe punto nè poco. Ecco ciò che la legge ha dovuto presumere come regola generale (1).

IV. — La legge non pronunziando nullità nè per l'inosservanza dell'assieme delle regole di sopra esposte, nè per veruna di esse in particolare (il che darebbe un punto di paragone per le altre) ne segue che i tribunali non saran mai forzati ad ammettere questa nullità; ma, da un'altra banda, il legislatore non avendo certamente avuto il pensiero di lasciare queste regole senza veruna sanzione, ne segue che i tribunali avranno sempre la facoltà di annullare, decidendo dalle circostanze. Essi dovranno farlo

(1) La Corte di cassazione non è consentanea a se medesima sulla questione. Un arresto del 4 gennaio 1842 ha giudicato nel nostro senso sulle conclusioni conformi di Delangle; e quattro mesi dipoi (11 maggio 1842), un arresto di Besançon,

applicando lo stesso principio, è stato annullato, malgrado le conclusioni contrarie di Hello! Secondo quest'ultimo arresto, bisognerebbe sempre ritornare al primo domicilio del pupillo, anche in caso di tutela legittima (Devill., 42, 1, 244 e 661).

1° quando la violazione cadrà su di una regola talmente grave da esser vero il dire che non v'ha punto consiglio di famiglia; 2° quando la violazione, qualunque sia in sé stessa, avrà cagionato un grave pregiudizio al minore.

411 [332]. — Il termine a comparire verrà stabilito dal giudice di pace per un giorno determinato; in maniera però, che vi passi sempre, fra l'intimazione della citazione ed il giorno fissato per la convocazione del consiglio, l'intervallo di tre giorni almeno, quando tutte le parti citate risiederanno nello stesso comune, e alla distanza di due miriametri.

Qualora fra le parti citate, se ne troverà alcuna domiciliata al di là di tale distanza, sarà accresciuto il termine di un giorno di più per ogni tre miriametri (1).

I. — È al certo possibile che nello stabilire il termine di tre giorni, il legislatore abbia pensato che questo termine potrebbe essere utile al pupillo, dando a' membri del consiglio il tempo di riflettere all'affare su cui si tratta di pronunciare. Ma non è certamente questa la ragione che ha fatto dettare il nostro articolo; è evidente, dal contesto stesso de' suoi due commi, che la sua regola ha per oggetto di non troppo molestare questi membri nelle loro occupazioni, e che quindi la riunione istantanea del consiglio non costituirebbe una irregolarità, purché tutt'i membri fossero presenti. Non è neppure indispensabile che la convocazione sia fatta con una citazione, un'assegnazione per via di usciere; essa può farsi e si fa sempre verbalmente o con semplice lettera, soltanto i parenti o amici non sarebbero allora tenuti a recarsi, o far parte del consiglio come esige l'articolo seguente, ed il non-comparente non incorrerebbe punto nell'ammenda pronunziata dall'articolo 413 [334]. Quando dunque il giudice di pace conoscerà la mala volontà di certi membri, dovrà convocarli nella forma legale e nel termine legale.

412 [335]. — I parenti, affini od amiei, in tal modo chiamati, saranno tenuti a presentarsi personalmente, oppure a farsi rappresentare da un procuratore speciale.

(1) Ecco la lezione dell'articolo 332 nelle leggi civili del regno delle Due Sicilie. — « Il termine a comparire verrà stabilito dal giudice di circondario per un giorno determinato; in maniera però che vi passi sempre, fra l'intimazione della citazione ed il giorno fissato per la convocazione del consiglio, un intervallo di tre giorni almeno, quando tutte le parti citate risiederanno nello stesso comune, o alla distanza di dieci miglia.

Il proeutorale non può rappresentar più d'una persona.

I. — Si comprende che se fosse permesso di prendere un sol procuratore per più membri, gl'interessi del minore sarebbero meno discussi. D'altronde, non vi sarebbe ragione perchè lo stesso procuratore non rappresentasse il consiglio tutto intero!

413 [334]. — Qualunque parente, affine od amio, chiamato, e che, senza legittima scusa, non comparisse, incorrerà in una multa che non potrà eccedere cinquanta lire, la quale sarà pronunziata inappellabilmente dal giudice di pace (2).

I. — Se, da una lettera che il non-comparente ha fatto pervenire al giudice di pace, o dai ragguagli che dà un altro membro, o per ogni altra via, questo magistrato sa che il non comparente ha una giusta causa di scusa, non dovrà punto pronunziare l'ammenda. Che sebbene la causa di scusa sia esistente realmente ma non conosciuta, l'ammenda è stata pronunziata, il non-comparente avrà ancora un mezzo di far rinvocare la sentenza. Infatti, la condanna avendo avuto luogo contumacialmente, egli potrà impugnarla per via di opposizione (C. proc., art. 19 a 22 [122 a 125]). In quanto all'appello, il nostro articolo dichiara che non è mai permesso.

La legge non avendo determinato se non il massimo dell'ammenda, il giudice di pace rimane libero di renderla lieve per quanto vorrà.

414 [335]. — Essendovi motivo sufficiente di scusa, e trovandosi conveniente, o di aspettare il membro assente, o rimpiazzarlo, in tal caso, come in qualunque altro in cui sembrasse esigerlo l'interesse del minore, il giudice di pace potrà rimettere l'assemblea ad altro giorno determinato o prorogarla.

I. — Quando un solo de' sei membri convocati non comparisse, il giudice di pace può passar oltre ed aprire la deliberazione; chè la legge, come si vedrà nello articolo seguente, non esige la presenza di

» Qualora fra le parti citate se ne troverà alcuna domiciliata al di là di tale distanza, sarà accresciuto il termine di un giorno di più per ogni quindici miglia. » (Nota del traduttore).

(2) La multa nella quale, secondo le nostre leggi civili, incorrono i contumaci senza valida scusa, è non maggiore di ducati dieci, che si pronunzia dal giudice di circondario inappellabilmente. (Nota del traduttore).

tutt' i membri. Ma se giudica a proposito di deliberare sol quando i sei membri saranno riuniti, può attendere che il membro assente sia in istato di presentarsi; o, se la causa della scusa è di natura da produrre un troppo lungo ritardo, può sostituirlo con un altro parente o affine, o un amico; secondo le regole indicate di sopra. Quando il giudice prende in tal guisa il partito di attendere o di sostituire il membro assente, ne segue l'aggiornamento o la prorogazione dell'assemblea.

La prorogazione è un rinvio a giorno e ad ora determinati, la quale non dà quindi luogo a nuova convocazione; l'aggiornamento è un rinvio indeterminato, che rende indispensabile una nuova convocazione.

Questa facoltà di aggiornare o di prorogare l'assemblea non esiste per questo caso soltanto; essa è data al giudice di pace in un modo assoluto. Per tal guisa, quando i membri del consigliogli sembrano non avere abbastanza riflettuto sull'affare, e la decisione gli pare mancar di elementi necessari, in breve, tutte le volte che l'interesse del minore lo esige, può pronunziare il rinvio.

413 [336]. — Quest'assemblea si terrà di diritto presso il giudice di pace, eccetto che egli stesso non abbia indicato un altro locale. Si richiede la presenza per lo meno di tre quarti de' membri convocati, perchè si possa deliberare.

I. — La legge esige, per la deliberazione, la presenza de' tre quarti de' membri convocati. Ciò non significa, beninteso, che il giudice di pace potrebbe convocare solo una parte de' membri, quattro in luogo di sei, di cui si compone il consiglio, e che i tre quarti de' quattro membri convocati potrebbero deliberare; la legge vuole che tutt' i membri sien chiamati, e ne esige i tre quarti della totalità. La parola *convocati* è stata aggiunta alla redazione primitiva, sulla domanda del Tribunato, per designare i membri diversi dal giudice di pace, il quale convoca e non è mai *convocato* (Fenet, t. X, p. 611). È uopo adunque de' tre quarti de' membri diversi dal giudice di pace; in guisa che, se il consiglio si componesse di sette fratelli germani o inariti di sorelle germane, più il giudice di pace che compirebbe il numero di otto, non basterebbero i tre quarti di otto, o sei; sarebbero uopo i *tre quarti almeno* de' sette membri convocati, il che dà già sei, più il giudice di pace che farebbe sette. Diciamo che per

avere i *tre quarti almeno* dei sette membri convocati, ce ne bisognerebbero sei. Cinque infatti non basterebbero mica; chè i tre quarti di sette sono cinque ed un quarto.

416 [337]. — Al consiglio di famiglia presederà il giudice di pace, il quale vi avrà voce deliberativa, e preponderante in caso di parità.

SOMMARIO

- I. Per principio, la deliberazione non può esser presa se non alla maggioranza assoluta. — Errore di Toullier, Proudhon e Zachariæ. — Mezzi di ottenere questa maggioranza.
- II. Caso in cui è uopo contentarsi della maggioranza relativa. Critica della dottrina del Duranton.

I. — Il voto del giudice di pace non conta mai per due; esso è soltanto preponderante in caso di divisione, ossia che produce decisione nel caso di opinioni contraddittorie contanti ciascuno uno stesso numero di voti. Pertanto, nell'ipotesi sopra preveduta di sette fratelli germani, se quattro fra essi adottano un'opinione, o l'opinione contraria numeri i tre altri voti e quello del giudice di pace, vi sarà decisione nel secondo senso.

Ma sarebbe egli lo stesso se, essendo il numero de' membri presenti di sei o di nove, si formassero, non più due, ma tre opinioni, contanti ciascuno un numero eguale di voti? Questa quistione rientra in un'altra su cui il Codice è del tutto muto e che divide gli autori, quella cioè se la deliberazione di un consiglio di famiglia può esser presa alla semplice maggioranza relativa, o se fa d'uopo della maggioranza assoluta, ossia di più della metà de' voti (1).

Noi teniamo per la necessità della maggioranza assoluta, per questi due motivi: 1° che per regola generale, la legge esige la maggioranza assoluta in tutte le assemblee deliberanti, e non si contenta di una maggioranza relativa se non per eccezione ed in certi casi che ha cura d'indicare; 2° che il solo mezzo di non cadere nell'arbitrio è di applicar qui, per analogia, le regole che la legge indica, per le decisioni da prendere da' tribunali, negli art. 117 e 118 [211, 212] del Codice di procedura che domandano del pari la pluralità assoluta.

Questi due articoli 117 o 118 [211, 212] ci daranno la soluzione della più parte delle difficoltà che posson qui presentarsi. Infatti, l'art. 117 vuole che, se si formano più di due opinioni, i voti più deboli in numero sien tenuti a riunirsi all'una delle due opinioni che ne hanno ottenute di più; adunque, se si han-

(1) Abs. Delvincourt, Duranton (III-466), Vaillette (I, p. 323), Duvergier (sopra Toull., II-1121), Metz, 16 feb. 1813; Aix, 10 marzo 1810 (Dev., 40,

2, 346). — *Relat.* Proudhon, Toullier (*ivi*), Zachariæ (I, p. 195).

no tre voti per A, tre per B, uno per C; o tre per A, due per B, uno per C, ed uno per D; ovvero ancora, due per A, due per B, uno per C, uno per D ed uno per E, ciascuno de'voti che si eran dapprima divisi sopra C, D, E, sarà obbligato a riportarsi sopra A o sopra B.—L'art. 118, alla sua volta, dichiara che quando vi sarà divisione, si aggiungerà al tribunale un membro nuovo per dirimere. Questa seconda regola non avrà qui applicazione pel caso di divisione, poichè non può dare la maggioranza assoluta se non in una divisione per metà tra due opinioni (1), e, per questo caso, abbiamo la preponderanza del giudice di pace; ma essa può esser utile, e bisognerebbe quindi applicarla in un altro caso, in quello in cui non vi fosse nè divisione in porzioni eguali, nè due opinioni più numerose delle altre, sull'una delle quali si potesse riportare. Pertanto, tre voti per A, due per B, due ancora per C; ovvero, due voti per un primo avviso, indi i cinque altri cadenti su cinque avvisi distinti; ei non v'ha allora due opinioni più numerose tra cui si possa scegliere, e quindi la regola dell'articolo 117 non può applicarsi. Si è adunque il caso, pel giudice di pace, di chiamare, conformemente all'art. 118, un nuovo parente, amico o affine, la cui aggiunta possa dar luogo a due opinioni più numerose, sull'una delle quali i voti dovranno indi riportarsi.

II. — Rimane ancora una difficoltà, per cui le regole degli articoli 117 e 118 [211, 212] sono senza veruna utilità. Nel caso in cui esistessero tre opinioni o più, ciascuna delle quali presentasse uno stesso numero di voti, ovvero (il che sarebbe ancora possibile dopo l'aggiunzione di un nuovo membro), una sola opinione più numerosa delle altre, ma che non ha ancora la maggioranza assoluta: così, tre o quattro avvisi presentanti ciascuno due o tre voti; ovvero un avviso presentante due o tre voti, indi cinque altri avvisi di un solo voto ciascuno. Allora, come non rimarrebbe veruna sorta di mezzo per giungere alla maggioranza assoluta, sarebbe uopo ben contentarsi di una maggioranza relativa, ossia di adottare l'avviso che ha più voti di ciascuno degli altri presi in particolare. Laonde, un consiglio composto di otto membri si divide in quattro avvisi aventi due voti per ciascuno, si nomina un nuovo membro pel voto del quale l'una delle quat-

tro opinioni si troverà aver tre voti, e questa opinione prevalerà per la maggioranza relativa; chè qual mezzo avrassi per giungere ad una maggioranza assoluta?... Similmente, un consiglio composto di sette membri, come il più sovente accade, presenta un'opinione che ha due voti, e cinque altre di un voto ciascuna; si chiama un nuovo membro. Questo membro, in luogo di adottare una delle cinque ultime opinioni (il che darebbe due opinioni più numerose, all'una o all'altra delle quali gli altri voti dovrebbero riunirsi, in guisa che si pervenirebbe alla maggioranza assoluta), questo membro si unisce alla prima opinione, e si ha in tal modo un'opinione di tre voti e cinque di un voto ciascuna, la prima prevalerà sulle altre, perchè non rimane verun mezzo per giungere ad una maggioranza assoluta.

Dall'avor noi citato Delvincourt, Duranton, Valette e Duvergier come dello stesso sentimento nostro sulla necessità della maggioranza assoluta, non bisogna però concludere che la dottrina che abbiamo esposta sia la loro. In prima, senza eccezione, nè restrizione questi autori esigono questa maggioranza assoluta; or, noi abbiamo veduto dei casi in cui essa è del tutto impossibile. Indi, e per ciò che riguarda in particolare Duranton, il suo sistema ci sembra completamente inammissibile. Si voglia giudicare da queste due osservazioni; 1° Duranton non ammette l'analogia degli art. 117 e 118 [211, 212] C. pr.; e non vuole che, nel caso di due opinioni più numerose, gli altri voti sien tenuti a riportarsi sull'una di esse. Or, questo sistema, lo si comprende, aggiunge una nuova difficoltà a quelle che abbiamo incontrate, e la dottrina di una maggioranza assoluta sempre necessaria, ne aggiunge ancora un'altra. Ebbene, malgrado queste circostanze, il dotto professore non si occupa se non di una sola difficoltà, quella che genera questa inapplicazione dell'art. 117 [211]; in quanto alle altre, non ne fa punto motto!—2° Non si appone meglio nel mezzo che imagina per risolvere questa unica difficoltà. Questo mezzo di giungere ad una maggioranza assoluta quando sonovi due opinioni più numerose delle altre, si è, secondo lui, di chiamare un nuovo membro. Ma a che dunque questo nuovo membro servirà mai? Per esempio, su sette voti, due sono per A, due per B, ed i tre altri cadono su tre oggetti distinti; chia-

(1) È chiaro che l'aggiunzione di un nuovo membro, quando la divisione presenta tre o quattro opinioni eguali in voti, non potrebbe menare nè direttamente, nè indirettamente ad una maggioranza assoluta; che quella delle opinioni a cui il voto nuovo si riunisse, rimarrebbe meno nume-

rosa delle due altre riunite, e non avrebbe, quindi, la maggioranza assoluta; da un'altra banda, questo nuovo voto non potendo aumentare che una opinione, non vi sarebber mai due opinioni più numerose tra cui gli altri voti potessero essere forzati a scegliere.

mato un membro nuovo; avrete sempre cinque opinioni che dividono gli otto voti totali in tre, due, uno, uno ed uno; or, *tre* è ben lungi dal dare la maggioranza assoluta di *otto*. Pertanto, le vere difficoltà della questione Duranton non le scorge mica; quella che l'analogia dell'art. 117 [211] fa sparire è precisamente la sola che lo imbarazzi; e questa difficoltà ch'egli chiama *unica*, e che non è punto una difficoltà, non la risolve tampoco.... De' diversi sistemi immaginati su tal punto, quello del Duranton, venuto l'ultimo di tutti, è precisamente il meno soddisfacente; poichè, se il tal altro può talliata menare ad un risultato bizzarro, il suo ben sovente non mena a risultato veruno. Per il che, egli censura con ragione il sistema di Toullier, secondo cui, quando tutti i voti sono isolati, un tutore potrebbe trovarsi nominato dal solo voto del giudice di pace; ma come egli non ammette mai maggioranza relativa, e non vuole che merè la chiamata di un nuovo membro questo tutore sia nominato da tre voti, il suo sistema menerà dritto a non nominar veruno.

Del rimanente, tutte le volte che una deliberazione, è stata presa altrimenti che all'unanimità, il tutore o tutore surrogato (o il curatore), ed anche i membri che non sono stati di avviso della deliberazione, possono impugnarla avanti il tribunale civile, ed indi in appello innanzi la corte (chè ogni sentenza su deliberazione di famiglia è soggetta ad appello) (C. pr., art. 883, 889 [960, 966]).

417 [338]. — Quando il minore domiciliato nel regno, possedesse beni nelle colonie, o viceversa, l'amministrazione speciale de' suoi beni verrà affidata ad un protutore.

Il tal caso il tutore ed il protutore saranno indipendenti, e non obbligati uno verso l'altro per la loro rispettiva amministrazione (1).

SOMMARIO

1. Non possono mai esistere due tutori. — Il protutore è nominato al domicilio del tutore. — Egli è dipendente dal consiglio di famiglia. — Non esiste nella tutela legittima.
II. Può esser nominato dal consiglio esecutivo tutore legittimo. — Subisce l'ipoteca legale ed un protutore surrogato.

I. — Il nostro Codice ha proscritto il sistema, ammesso a Roma, della pluralità dei

tutori; ad un solo ascendente esso confida la tutela legittima, anche quando se ne trovino due che presentino gli stessi titoli (art. 404 [325]); soltanto un tutore può il superstiti de' genitori designare con atto di ultima volontà (art. 397 [319]); ancora un tutore soltanto deve il consiglio di famiglia nominare (art. 405 [326]). Tuttavia, quando il minore, domiciliato in Francia, possiede de' beni nelle colonie, o il fanciullo, domiciliato nelle colonie, ha dei beni in Francia, il consiglio di famiglia del luogo ove è domiciliato deve nominargli in pari tempo un tutore per questo stesso luogo ed un protutore per l'altro.

Diciamo che nel luogo del domicilio è nominato il protutore; chè solo il posto che occupa il nostro articolo indica abbastanza che si tratta di una nomina da farsi dal consiglio di famiglia, e questo consiglio sta nel domicilio del minore. D'altronde, il progetto del nostro articolo portava che il protutore sarebbe nominato da parenti o dagli amici del luogo della situazione de' beni; ma sulla proposizione di Tronchet e Cambacérès, questa regola fu rigettata nel Consiglio di Stato, e l'articolo rimase redatto quale l'abbiamo (Fenet, t. X, p. 553 e 582).

Un altro cambiamento fu fatto in pari tempo nel progetto del nostro articolo. Esso portava che il tutore potrebbe far nominare un protutore; laddove l'articolo dice che ne sarà nominato uno, il che cambia la facoltà accordata al tutore in obbligazione imposta al consiglio, per la migliore amministrazione de' beni del figlio. Ancora in questo senso fu l'articolo interpretato dal Tribunale (*Ibid.*, p. 657).

Il protutore è indipendente dal tutore, ma non l'è mica, beninteso, dal consiglio di famiglia che lo ha nominato, il quale può quindi obbligarlo a fornire degli stati di situazione (art. 478 [401]) ed a far passare al tutore la totalità delle rendite, o una tal frazione determinata, con autorizzazione di far egli stesso l'impiego del rimanente. Così era nell'antica giurisprudenza, secondo l'ordinanza del 1° febbraio 1713 (2).

Questa stessa ordinanza dichiarava che non vi era luogo a protutela nel caso di tutela legittima. Il Codice ci presenta la stessa teorica, pel posto istesso che occupa il nostro articolo, poichè ci parla di protutore solo nel caso di tutela dativa. Gli è che infatti, la posizione del tutore legittimo, e la fonte, superiore al consiglio di famiglia, da cui de-

(1) L'articolo delle nostre leggi civili a questo rispondente fu così redatto: — « Quando il minore domiciliato nel regno possedesse beni fuori del regno, o viceversa, l'amministrazione particolare di questi beni verrà affidata ad un protutore. »

Marcadé T. I.

» In tal caso il tutore ed il protutore saranno indipendenti, e non obbligati uno verso l'altro per la loro rispettiva amministrazione ».

(2) Veggasi il testo di quest'ordinanza nel Codice Trahier.

riva la sua autorità, non permettono che questo consiglio gli tolga una frazione di quest'autorità per confidarla ad un altro. Se dunque il pupillo in tutela legittima è domiciliato in Francia ed ha de' beni nelle colonie, o reciprocamente; il tutore, che non sia il superstite de' genitori, potrà farsi autorizzare dal consiglio di famiglia a mettere i beni di oltremare sotto la direzione di un gerente salariato che amministri sotto la sua responsabilità; che se il tutore legittimo fosse il superstite de' genitori, siccome è usufruttuario del fanciullo, e l'amministrazione si esercita per suo conto, questo gerente dovrebbe esser pagato co' danari di lui, e potrebbe egli quindi sceglierne uno senza aver d'uopo di verun'autorizzazione del consiglio (art. 434 [377]).

II. — Del rimanente, poichè il dritto di nominare il tutore produce quello di nominare un protutore quando ne fa mestieri, è uopo conchiudere che il superstite de' coniugi, tutore legittimo, potrebbe, nel caso del nostro articolo, lasciare al fanciullo un protutore in pari tempo che un tutore.

Il dritto di nomina del protutore essendo l'accessorio, o piuttosto facendo parte integrante del dritto di nomina del tutore, non può dunque esistere laddove il secondo non esiste, e con esso si estingue. Se adunque, dopo la nomina fatta dal superstite, di un tutore e di un protutore, il tutore morisse, o fosse scusato, escluso, ecc., la protutela testamentaria cesserebbe perciò stesso, ed il consiglio di famiglia, nel ricevere il dritto di nominare alla tutela, avrebbe da sostituire il protutore; che se, al contrario il protutore morisse o fosse scusato, ecc., il dritto di no-

mina non essendo ancora passato nel consiglio, si starebbe senza protutore possibile, finchè continuasse la gestione del tutore testamentario, e vi sarebbe luogo soltanto pel consiglio, ad accordare al tutore un amministratore salariato.

In tutt'i casi, il protutore, che non ha da occuparsi della persona come il tutore (art. 450 [373]), avendo lo stesso dritto di amministrazione in quanto a' beni a lui confidati, ed essendo veramente tutore in quanto ad essi, dovrà dunque ricevere un protutore surrogato, e sarà colpito dall'ipoteca legale.

Magnin (L. I, n° 494) non è del nostro sentimento, e vuole che non vi sia se non un solo tutore surrogato; ma la protutela è una tutela secondaria; or, in ogni tutela (articolo 420 [342]), fa uopo di un tutore surrogato; ciò non può esser dubbio a fronte della regola che vuole che la protutela sia distinta ed indipendente dalla tutela del domicilio. Come infatti vorrebbe che un tutore surrogato risiedesse in Francia sorvegliasse le operazioni di un protutore delle colonie? Perciò, sotto l'ordinanza del 1743 esigeansi due tutori surrogati.

418 [339]. — Il tutore in tal qualità, agisce ed amministra, dal giorno della sua deputazione, se era presente; diversamente, dal giorno in cui gli sarà stata notificata.

I. — Ei non si tratta qui ancora se non della tutela deferita dalla famiglia. Si vede che la deliberazione relativa a quest'oggetto si esegue senz'alcuna omologazione del tribunale (1): 1° se il tutore è presente alla nomi-

(1) Ecco l'elenco delle deliberazioni del consiglio di famiglia per le quali non vi abbisogna l'omologazione del tribunale.

I. — Per la cura de' figli dell'assente: art. 446 II. cc. (442 codice civile).

II. — Pel consenso del matrimonio del minore e per le opposizioni che il tutore o curatore debbe fare del di costui matrimonio: art. 75, 474 e 484 [73, 460, 478].

III. — Per l'adozione del minore: art. 270 [346].

IV. — Per la tutela rimasta alla madre rimaritata: art. 347 [395].

V. — Per la tutela conferita dalla madre al figli del primo letto: art. 332 [414].

VI. — Pel curatore del ventre pregnante: art. 345 [393].

VII. — Pel tutore speciale da darsi al figlio contro cui il padre vuole intentare l'azione di rifiuto: art. 240 [348].

VIII. — Per la nomina del tutore da farsi quando concorrono due bisavoli materni: art. 325 [401].

IX. — Per la nomina del tutore surrogato: art. 342 e 343 [420, 421].

X. — Per le scuse e per la rimozione del tutore: art. 360, 361, 369, 370 [438, 339, 446, 447].

XI. — Per le spese del mantenimento del minore, per l'impiego del supero e pe' mobili conservatigli in ispecie: art. 375, 377 e 378 [452, 454, 455].

XII. — Per intentare azione sopra stabili e per divenire alla divisione: art. 387, 388, 736, 757, II. cc. [464, 465, 817, 838, cod. civ.] 4044, pr. civ., e 456 legg. di esprop.

XIII. — Per l'accettazione di una eredità: art. 384 e 693 [461, 776].

XIV. — Per l'accettazione di una donazione: art. 386, 859 [463, 935].

XV. — Per autorizzare il tutore ad appiigionarsi i beni del minore: art. 373 [450].

XVI. — Per mezzi di correzione del minore: art. 394 [468].

XVII. — Per conti da darsi dal tutore al tutore surrogato: art. 393 [470].

XVIII. — Per la emancipazione del minore, per la destinazione del curatore al minore emancipato e per revoca della emancipazione: art. 404, 403, e 408 [478, 480, 485].

XIX. — Pel parere sulla interdizione, e per la nomina del consulente al prodigo: art. 417, 437 [494, 514].

na, entra immediatamente in funzioni, e per conseguenza si trova all'istante responsabile e sottomesso all'ipoteca legale; 2° se non è presente, la sua qualità di tutore e gli effetti che trae seco non si attuano che in forza della notificazione fattagli. Questa, notificazione non si fa per ministero d'uscieri; il consiglio di famiglia ne incarica uno de' suoi membri, il quale dee farla fra tre giorni dalla deliberazione, oltre un giorno per ogni tre mirimetri di distanza tra il luogo ove s'è tenuta l'assemblea e il domicilio del tutore (C. pr. art. 882 [939]).

Se il membro designato per far la notificazione non si adempisse nel termine voluto dalla legge, sarebbe responsabile del danno che il ritardo avrebbe potuto cagionare al minore.

La legge non parla mica delle due altre classi di tutori. Il tutore testamentario diviene responsabile dal dì dell'apertura del testamento, se sia presente; in contrario, dal dì in cui questo testamento gli sarà notificato. Il tutore legittimo lo è dal dì in cui ha notizia della morte che gli deferisce la tutela.

419 [341]. — La tutela è un peso personale che non passa agli eredi del tutore. Questi saranno tenuti soltanto per l'amministrazione del loro autore, e quando siano in età maggiore, saranno tenuti a continuarla finchè sia nominato un nuovo tutore.

I. — Questo articolo ci presenta tre idee, due delle quali sono conseguenze de' principi generali, laddove la terza non esisterebbe mica se non fosse espressamente scritta nel Codice.

La tutela essendo necessariamente una funzione tutta personale di colui al quale la

legge o la volontà dell'uomo l'ha deferita, è chiaro che non potrebbe passare a' suoi eredi: la carica di tutore non si eredita più di quel che si eredita il titolo di consigliere di Corte di appello. Soltanto, e beninteso, gli eredi del tutore succedono a tutte le obbligazioni onde costui, al momento della sua morte, era già colpito per effetto della sua gestione. Ma inoltre, e in fuori da' principi, gli eredi del tutore sono tenuti, dopo che avran fatto conoscere la sua morte al tutore surrogato (art. 425 [347]), il che debbon fare al più presto, a prender cura degli affari del minore, fino a che sia nominato un nuovo tutore. È evidente, del resto, che non essendo tutori, essi non avrebbero capacità per tutti gli atti che il loro autore avesse potuto fare; le misure di precauzione, i diversi atti di mantenimento e di conservazione che possansi fare senza verun carattere legale, sono i soli che il nostro articolo loro impone; gli altri non sarebber loro neppur permessi.

Egli è palpabile che questo dovere non esiste se non per gli eredi che si trovano in istato di adempirlo. Pertanto, coloro che fossero minori, interdetti, lontani dal paese, colpiti da una malattia che l'impedisso di pensare a' loro propri affari, ecc., non sono sottomessi a questa regola: per eredi maggiori, il Codice intende evidentemente eredi capaci di agire. Questo punto non può esser messo da veruno in questione.

SEZIONE V.

Del tutore surrogato.

420 [342]. — In ogni tutela vi sarà un tutore surrogato, che si nomina dal consiglio di famiglia.

I. — Di nomina del tutore: art. 326 [405].

II. — Di alienare ed ipotecare i beni del minore: art. 292, 380 e 381 [457, 458].

III. — Di transigere in nome de' minori: art. 390, 494 [467, 2045].

IV. — Di rinunciare all'eredità decaduta ai minori: *argom. dell'articolo 292 e 381 [461]*.

V. — Di debito del minore emancipato: art. 406 [483].

VI. — Di matrimonio tra il minore ed il tutore: art. 457.

VII. — Di nomina del tutore e del surrogato tutore all'interdetto: art. 326 e 428 II, cc. [405, 505, *cod. civ.*] e 972 pr. cc. [895 *cod. di pr.*]

VIII. — Di convenzioni matrimoniali del figlio dell'interdetto: art. 431 [514].

IX. — Di consenso della famiglia al minore, onde esercitare la mercatura: art. 6, II, di *eccezz.*

X. — Di alienare rendite iscritte sul Gran libro, che oltrepassino annui duc. 20: *decreto de' 23 marzo 1833.* (*Nota del traduttore.*)

XX. — Per la cura dell'interdetto in casa o in altro luogo: art. 433 [510].

XXI. — Per curatore al sordo muto onde accettare una donazione: art. 860 [936].

XXII. — Per tutore onde eseguirsi le sostituzioni: art. 402 [1056].

XXIII. — Per la riduzione delle ipoteche legali: art. 2036, 2037, 2038 [2141, 2143, 2144].

XXIV. — Per approvare le convenzioni matrimoniali del minore: art. 1040, 1352 [4095, 4398].

XXV. — Per autorizzare il condannato alla interdizione de' pubblici uffici a fare da tutore a' propri figli: art. 14, II, pp.

XXVI. — Per autorizzare il condannato alla pena correzionale della interdizione a tempo ad essere tutore o curatore de' propri figli: art. 27, n. 4, II, pp.

XXVII. — Per autorizzare il tutore de' minori a costituirsi parte civile in un giudizio penale: art. 36, II, di pr. penale.

Hanno poi bisogno di essere omologate dal tribunale le deliberazioni del consiglio di famiglia, allorchè si tratta:

Le sue funzioni consisteranno nell'agire per gl'interessi del minore, allorchè questi si trovino in opposizione con quelli del tutore.

I. — Il tutore surrogato, oltre del dritto che la legge gli confida di sorvegliare le operazioni del tutore, affin di provocare la sua destituzione se le circostanze lo esigono (articolo 446 [369]), si trova nominato dal nostro articolo, anticipatamente ed una volta per tutte, tutore *ad hoc* per ciascuno degli affari in cui l'interesse personale del tutore gl'impedisce di rappresentare il minore (Vedi art. 450 [527], com. 3).

Questo tutore surrogato, che è sempre dativo, a termini del nostro articolo, deve, secondo questo articolo stesso, esistere in ogni tutela; ma, beninteso, ei non si tratta se non delle diverse specie di tutela ordinaria, di tutela propriamente detta. Quindi, egli non esisterà nel caso di tutori *ad hoc* (1), nè nella tutela officiosa che fosse solo tutela officiosa (Vedi, art. 370).

441 [343]. — Quando le funzioni di tutore devolute ad una persona avente alcuna delle qualità espresse nelle superiori sezioni I, II, e III del presente capitolo, questo tutore prima di entrare in funzione, dovrà far convocare un consiglio di famiglia, composto nelle forme indicate nella sezione IV, acciocchè passi alla nomina di un tutore surrogato.

Qualora siasi immischiato nell'amministrazione prima di avere adempito a queste formalità, il consiglio di famiglia convocato ad istanza de'parenti, creditori od altre persone interessate, ovvero dal giudice di pace *ex officio*, potrà, quando siavi dolo da parte del tutore, rimuoverlo dalla tutela,

(1) I casi ne quali debbesi nominare un tutore speciale, ossia *ad hoc* ai minori, sono i seguenti:

I. — Quando il marito o i suoi eredi rifiutano il figlio concepito nel matrimonio: art. 240 *tl. cc.* [318 *cod. civ.*]

II. — Allorchè in una divisione di eredità vi sieno minori sottoposti alla medesima tutela, sieno interessi opposti: art. 757 [838].

III. — Quando il padre amministratore legale durante il matrimonio, abbia interessi opposti a quelli de' suoi figli pel noto brocardico, che *ipse tutor in rem suam auctor esse non potest*: vegg. art. 291, 312, 240, e 757 [399, 318 e 838].

IV. — Quando il figlio naturale riconosciuto abbia perduto i suoi genitori, o non riconosciuto voglia prima degli anni 21 contrarre matrimonio: art. 173 [159].

V. — Quando si debbono eseguire sostituzioni: art. 1011 [1053].

senza pregiudizio delle indennità dovute al minore.

I. — Siavi o no stato dolo dal canto del tutore, sarebbe egli sempre tenuto ad indennizzare il pupillo del danno che il suo ritardo avesse potuto cagionargli. Ma quando vi è stato dolo, quando appositamente non ha convocato il consiglio, questo consiglio (convocato, come nel caso di tutela dativa, sulla richiesta di qualche parte interessata, o di ufficio dal giudice di pace, conformemente allo art. 406 [327]) potrà destituirlo. Esso lo potrà; ma non vi è tenuto: l'art. 444 [367], di cui il nostro non è, sotto tal rapporto, che un'applicazione particolare, non dichiara destituiti di pieno dritto, ma soltanto *destituibili* a piacimento del consiglio di famiglia, i tutori che vengono imputati di qualche infedeltà; il nostro articolo dice ancora che il consiglio *potrà* rimuoverlo dalla tutela. Ed in fatti, se il dolo del tutore consistesse nel non aver convocato il consiglio, nello scopo precisamente, di farsi eliminare da una tutela per cui non aveva scusa, si comprenderebbe benissimo che il consiglio si guarderebbe dal destituirlo.

442 [344]. — Nelle altre tutele, la nomina del surrogato tutore avrà luogo immediatamente dopo quelle del tutore.

443 [345]. — In nessun caso il tutore voterà per la nomina del surrogato tutore, il quale sarà scelto, quando non sianvi fratelli germani, in quella delle due linee a cui il tutore non appartiene.

SOMMARIO

I. Due parenti e affini non possono esser tutore o tutore surrogato, ed eccezione de' fratelli e cugini germani. Scontro errore di un errore.

II. Fuori dei casi, il tutore, se è d'altreonde membro del consiglio, può votare malgrado la sua qualità. — Il tutore surrogato il può sempre sotto la stessa condizione.

VI. — Quando debbesi accettare una donazione da un sordo-muto che non sappia scrivere: art. 860 [936].

VII. — Quando il minore, passato a matrimonio col consenso dei Re che ha supplied quello del padre, voglia far convenzioni matrimoniali: decreto del 25 gennaio 1812.

Questi sono i casi in cui vi fa di mestieri la nomina di un tutore *ad hoc*: ove il tutore abbia interessi opposti a quelli del minore, non si nomina un tutore *ad hoc*, ma il tutore surrogato agirà negli interessi del minore, che si trovano in opposizione con quelli del vero tutore. Vegg. art. 342. Infine avvertiamo che per l'art. 16 delle leggi penali il condannato all'ergastolo debba essere assistito da un curatore *ad hoc* per stare da tutore o da reo nei giudizii civili. (Nota del traduttore).

1. — La prima regola del nostro articolo, cioè, che il tutore non deve mai votare per la nomina del tutore surrogato, poggia su di un motivo che è agevole comprendere; essa regola è d'altronde assoluta e non può presentare veruna difficoltà nella sua applicazione.

Non è però così della seconda, la quale, in prima, non può ricevere la sua applicazione se non colla riunione delle due circostanze, che la redazione dello articolo suppone esistere entrambe; ma che potrebbero bene non esistere nè l'una nè l'altra. La legge suppone che il tutore sia un parente, e che il consiglio voglia scegliere ancora un parente per tutore surrogato. In questa ipotesi la legge dichiara che quest'ultimo non può scegliersi nella linea a cui appartiene il tutore. Or, questa regola non è senza difficoltà e richiede alcune osservazioni.

Ed in prima, è evidente che la regola sarebbe la stessa se esistesse il tutore surrogato e se si trattasse di nominare un tutore in sostituzione di quello che la morte, una scusa o una destituzione abbia fatto venir meno. Il pensiero della legge è, che il tutore ed il tutore surrogato essendo due funzionari, il secondo de' quali deve sorvegliare il primo, non debbono appartenere entrambi alla stessa linea di parentela. Quindi, quando l'uno è parente paterno, è uopo che l'altro sia un parente materno ovvero un estraneo.

Diciamo *o un estraneo*; chè il consiglio può nominar sempre un estraneo, anche quando sonovi molti parenti in ambe le linee. Verun articolo del Codice ingiunge di scegliere uno de' parenti o per tutore dativo, o per tutore surrogato; il consiglio ha ogni latitudine. Quando il nostro articolo dice che il tutore surrogato sarà preso nella linea a cui il tutore non appartiene, non parla già in opposizione agli estranei, ma in opposizione alla linea del tutore. Infatti, 1° se il legislatore intendesse che il tutore surrogato fosse parente, vorrebbe ancora, e con più ragione, che il tutore (dativo) lo fosse del pari; or, l'art. 403 [326] non ne parla punto nè poco; 2° se il nostro articolo dovesse intendersi, non soltanto per l'esclusione della linea a cui il tutore appartiene, ma ancora per l'esclusione degli estranei, ne seguirebbe questa idea ridicola che gli estranei, esclusi in generale, non sarebbero più quando il tutore fosse un fratello germano; chè, intendasi pur la regola dello articolo come si vorrà, le parole fuori il caso di fratelli germani vi saran sempre eccezione. Se, nel nostro articolo, la legge ha supposto che il tutore, anche testamentario, era un parente, e che il tutore surrogato sarebbe ancora scelto fra' parenti, è perchè infatti, sarà questo il caso più fre-

quente; ma ciò non è obbligatorio. Il ravvicinamento del nostro articolo con l'articolo 397 [319] lo prova eziandio. In effetti, il nostro articolo, prima di supporre che il tutore surrogato sarà un parente, incomincia dal supporre che il tutore, qualunque si sia, è altresì un parente; or, l'art. 397 [319] dichiara espressamente che il tutore testamentario può esser parente o estraneo. — La corte di Bordeaux ha dunque stranamente violata la legge quando ha annullata (20 agosto 1811) per pretesa contravvenzione al nostro articolo, la deliberazione di un consiglio, perchè dopo di aver nominato un parente paterno per tutore, avea scelto un estraneo per tutore surrogato. Il nostro articolo, in conclusione, non dice già che il funzionario che si tratta di nominare *deve esser preso nella linea a cui l'altro non appartiene*; ma sibbene che non dev'esser preso *nella linea a cui l'altro appartiene* (Conf. Toullier, II, n° 1132; Valette, II, p. 300).

La regola che i due funzionari non debbono esser presi nella stessa linea subisce eccezione nel caso di *fratelli germani*, ossia quando il tutore ed il tutore surrogato hanno entrambi tal qualità. Allora, infatti, 1° il funzionario già esistente trovandosi ad un tempo parente in ambedue le linee, bisognerebbe quindi privarsi di prendere verun parente; 2° il secondo funzionario dovendo essere un fratello del minore come il primo, non v'ha luogo a temere che il tutore surrogato sacrifichi al tutore, perchè suo fratello, gl'interessi del pupillo, che è suo fratello ancora; e poi, questa qualità di fratello dà più confidenza nel tutore medesimo.

Questa seconda causa dell'eccezione fa abbastanza comprendere che non potrebbe estendersi, al di là de' termini della legge, a tutt'i casi in cui i due funzionari fossero parenti ad un tempo in ambo le linee. Pertanto, se si trovasse (il che accade talvolta) che due membri della famiglia del fanciullo fossero suoi cugini e nella linea paterna e nella linea materna, la non sarebbe una ragione perchè potessero esser tutore e tutore surrogato; una volta che non sono fratelli germani, la legge non trova più la stessa garanzia: la prima causa dell'eccezione esiste pur troppo, ma la seconda non esiste più. Non siamo qui nè ne' termini nè nello spirito del Codice. Si rimane adunque nella regola che vieta che il tutore ed il tutore surrogato sieno tra essi parenti.

E notiamo bene che soltanto quando i due funzionari sono fratelli germani *l'uno e l'altro* l'eccezione ha luogo; così vuole lo spirito della legge ed anche il suo testo; poichè essa riserba soltanto il caso, non già di un fratello germano, ma di *fratelli germani*. Se

adunque il funzionario esistente fosse fratello germano, ma non vi fosse un secondo fratello germano a cui si potesse attribuire la seconda funzione, non si potrebbe scegliere che un estraneo, essendo il primo funzionario parente in ambo le linee.

Del rimanente, sotto il nome di fratelli germani, noi comprendiamo, e certo l'articolo comprende altresì, i fratelli per affinità, ossia i mariti delle sorelle germane; due tra essi potranno sempre esser tutore e tutore surrogato, o l'uno di essi adempier l'una delle due funzioni; nel mentre che un fratello germano eserciterebbe l'altro. Infatti, è ben forza ammettere l'una di queste due cose, o che la legge tien conto dell'affinità, o che intende occuparsi solo della parentela propriamente detta. Or, se tien conto dell'affinità, ne segue al certo che due affini sono in generale incapaci di compiere simultaneamente le funzioni di tutore e di tutore surrogato; ma ne segue ancora che coloro che, per affinità, han la qualità di fratelli germani sono dispensati dalla regola. Che se vuoi che la legge conti soltanto la parentela, allora i cognati non sono più, a dir vero, nell'eccezione che ammette; ma non ne han punto d'uopo, poichè non son più nella regola che respinge.

Per essi, adunque, diviene indifferente sapere qual'è qui il pensiero della legge in quanto all'affinità. Ma non è a dirsi lo stesso per gli altri affini; importa per questi sapere se la regola li colpisce. Or, l'affermativa ci sembra certa. Infatti, il nostro articolo non parla mica de' parenti, ma de' membri di una stessa linea; or, gli art. 407, 408 e 409 [328, 332, e 330] classificano come membri di ciascuna linea i parenti e gli affini del pupillo.

Si comprende che se, il consiglio di famiglia mettesse importanza a conferire la tale funzione ad un parente o affine della linea a cui appartiene attualmente l'altro funzionario, lo potrebbe benissimo, sostituendo dapprima quest'ultimo con un membro dell'altra linea o con un estraneo.

II. — Abbiain detto che la prima regola del nostro articolo, che vieta al tutore di votare per la nomina del tutore surrogato, non dà luogo in sè stessa ad osservazione veruna. Ma indica, a contrario, un'idea che merita di essere osservata: essa è che per regola generale, il tutore può votare come ogni altro membro del consiglio, purchè, beninteso, ne sia membro egli stesso. Due casi soltanto sono eccezzuati; quello del nostro articolo, e poi reciprocamente le deliberazioni che riflettono sulle scuse, sulle esclusioni o destituzioni del tutore surrogato.

In quanto al tutore surrogato, purchè sia del pari membro del consiglio, può votare,

in qualunque siasi circostanza; non essendovi restrizione veruna al suo dritto.

441 [346]. — Se la tutela diverrà vacante o sarà abbandonata per assenza, il surrogato tutore non sarà di diritto il tutore, ma dovrà provocare la nomina di un nuovo tutore, sotto pena del risarcimento dei danni ed interessi che ne potranno derivare al minore.

442 [347]. — Le incumbenze del surrogato tutore cessano nello stesso tempo in cui cessa la tutela.

I. — Quest'articolo non intende parlare di ogni avvenimento che operi cambiamento di tutore; ma sibbene della fine della tutela in generale; ossia della morte, della maggiore età o dell'emancipazione del minore. La pruova sta scritta nello articolo precedente, che attribuisce al tutore surrogato, in ogni vacanza di tutela, la cura di far nominare il nuovo tutore; se la vacanza della tutela dà precisamente luogo all'esercizio di una delle funzioni del tutore surrogato, non distrugge adunque la sua qualità.

443 [348]. — Le disposizioni contenute nelle sezioni VI e VII di questo capitolo, si applicheranno a' tutori surrogati.

Nondimeno il tutore non potrà provocare la destituzione del surrogato tutore, nè votare ne' consigli di famiglia convocati a quest'oggetto.

I. — Le regole della sezione VI, relative alle scuse della tutela, e quelle della sezione VII, concernenti le esclusioni e le destituzioni, son comuni a' tutori ed a' tutori surrogati, salvo questo solo punto: il tutore non può votare nel consiglio di famiglia, quando si tratta di eliminare il tutore surrogato, come noi può quando si tratta di nominarlo; sarebbe troppo da temere che questo suffragio non fosse disinteressato.

SEZIONE VI.

Delle cause che dispensano dalla tutela.

447 [349]. — Sono dispensati dalla tutela:

Le persone designate nel titolo III, V, VI, VIII, IX, X ed XI dell'atto del 18 maggio 1804;

I presidenti ed i consiglieri della Corte di cassazione, il procurator generale e gli avvocati generali presso la medesima Corte;

I prefetti;

Tutti i cittadini esercenti un pubblico im-

piego fuori il dipartimento in cui deve conferirsi la tutela (1).

429 [350]. — Sono egualmente dispensati dalla tutela, i militari in attività di servizio, e tutti coloro che hanno una missione del Governo fuori del regno.

430 [331]. — Se la missione non è autentica e sia impugnata, non si ammetterà la dispensa, se non dopo che il reclamante avrà presentato un certificato del ministro da cui dipende la missione addotta come scusa.

430 [352]. — I cittadini della qualità indicata ne' precedenti articoli, che hanno accettato la tutela posteriormente alle funzioni, servigi o missioni che li dispensano, non saranno più ammessi a chiedere d'esserne liberati per le stesse cause.

431 [355]. — Coloro per lo contrario, ai quali le mentovate funzioni, servigi o missioni saranno state conferite posteriormente all'accettazione ed amministrazione d'una tutela, se non vogliono ritenerla, potranno entro un mese far convocare un consiglio di famiglia, affinché si proceda al loro rimpiazzamento.

Cessate le funzioni, servigi o missioni, se il nuovo tutore reclama la sua liberazione, oppure se il primo tutore ridomanda la tutela, potrà essergli nuovamente conferita dal consiglio di famiglia.

I. — Il Codice consacra sei cause di scusa. Esse dispensano, le une temporaneamente soltanto, le altre per sempre; le une a *suscipienda tantum tutela*, le altre a *suscipienda vel etiam suscepta*. I cinque articoli

di sopra son relativi alla prima causa, la quale risulta da certi titoli o dall'esercizio di funzioni, servigi o missioni pubbliche.

Questa prima causa di dispensa abbraccia o *abbracciava*; 1° i membri della *famiglia reale* (senatus-consulto del 18 maggio 1804, tit. 3); 2° certi dignitari, quali sono gli ammiragli, i marescialli di Francia, gli ispettori generali, *gli ufficiali civili della corona*, tit. 5 e 6); 3° i *pari di Francia*, tit. 8, anteriormente i senatori; 4° i ministri e consiglieri di Stato, tit. 9; 5° i rappresentanti, tit. 10 ed 11, anteriormente i membri del Corpo legislativo e del Tribunale; 6° i membri della Corte di cassazione ed anche, secondo l'art. 7 della legge del 16 settembre 1807, quelli della Corte de' conti; 7° i prefetti; 8° tutti i cittadini che esercitano una funzione pubblica in un dipartimento che non sia quello in cui si stabilisce la tutela (2) (*Vedi art. 427 349*); 9° i militari in attività di servizio; 10° infine, tutti quelli che adempiono una missione del Governo fuori del territorio francese, sia questa missione autentica o no; ma in quest'ultimo caso, il reclamante deve, se vi ha contestazione esibire un certificato del ministro nel dipartimento del quale rientra la missione (art. 428, 429 [350, 351]).

Quando le persone per cui esiste questa causa di scusa accettano tuttavia la tutela, son reputate rinunciare alla loro dispensa, e non possono indi più prevalersene (art. 430 [352]). Ecco, del resto, una regola generale fermata dall'art. 439 [361], e di cui la legge fa qui l'applicazione particolare.

Coloro per cui questa stessa causa di scusa nasce quando sono già tutori, hanno un mese per proporla e farsi esonerare dalla tutela; ma quando la causa di scusa viene a cessare, possono, sulla domanda del tutore che li ha sostituiti, esserne incaricati di

(1) L'articolo 427 del codice napoleone risponde agli articoli 349 e 361 delle nostre leggi civili, il quale articolo 361 si legge sotto la seguente sezione che ha per epigrafe — *Delle cause di esclusione e di rimozione dalla tutela* — Detti articoli sono redatti nel seguente modo:

« Art. 349. — Sono dispensati dalla tutela tutti i cittadini che esercitano un pubblico impiego fuori della provincia o valle in cui deve conferirsi la tutela.

« Art. 361. — Non possono esser tutori se non de' proprii figli e discendenti,

« 1.° i Consiglieri di Stato

« i Segretari di Stato Ministri,

« i Segretari di Stato;

« 2.° i Capi di Corte;

« 3.° i Reggenti e Consiglieri del Supremo Consiglio di Cancelleria;

« 4.° i componenti della Suprema Corte di giustizia;

« 5.° i Direttori generali;

« 6.° i componenti delle gran Corti civili;

« 7.° gli Intendenti;

« 8.° i componenti delle gran Corti criminali e tribunali civili ».

Avvertiamo che con decreto del 20 settembre 1824 fu sanzionato che i membri della Consulta generale del regno, che sostituì il Supremo Consiglio di Cancelleria, non possono essere tutori se non de' proprii figli e discendenti. (*Nota del traduttore*).

(2) Un avviso del Consiglio di Stato, del 20 novembre 1806, decide, con ragione, che fa uopo alligare in questa categoria, non solo gli ecclesiastici addetti alle cure o alle soccorsi, ma ancora ogni persona che eserciti pel culto funzioni qualunque che richieggono residenza, e per cui occorre l'adesione del capo dello Stato, ed una prestazione di giuramento.

nuovo. Questa scusa è dunque solo temporanea quando si applica ad una tutela già accettata, laddove è perpetua quando dispensa *a tutela suscipienda* (art. 431 [353]). — In quanto al dritto che questo art. 431 accorda, al tutore dispensato, di ridomandare la tutela, è chiaro che lo ha egualmente quando è stato dispensato dal ricevere una tutela; chè egli ha sempre il *dritto di domandare*, ed il consiglio, il quale gode di ogni latitudine per deferire la tutela, ha sempre il *dritto* di soddisfarlo. Il Codice ha voluto dire soltanto che la sua domanda sarebbe più favorevole in un caso che nell'altro. La vera differenza tra' due casi non istà dunque in ciò, ma nella circostanza che abbiamo testè indicata.

433 [354]. — Ogni cittadino non parente nè affine non può essere costretto ad accettare la tutela, se non nel caso in cui nella distanza di quattro miriametri non esistessero parenti od affini in grado di amministrarla.

433 [355]. — Qualunque persona in età di anni sessantacinque compiti, può recusare di essere tutore. Colui che sarà stato nominato prima di tale età, potrà ai settant'anni farsi liberare dalla tutela.

434 [356]. — Qualunque persona affetta da una grave infermità e debitamente giustificata, è dispensata dalla tutela.

Potrà anche ottenere d'esserne liberata, se l'infermità è avvenuta dopo la sua nomina.

I. — Questi tre articoli ci presentano la 2^a, la 3^a e la 4^a causa di scusa; 1^o il manco di parentela e di affinità, quando qualche parente o affino, atto alla tutela, esiste nella distanza di quattro miriametri; 2^o l'età provetta; 3^o l'infermità.

Il primo di questi tre articoli non è, come i due altri, applicabile alla tutela già accettata; in guisa che, quand'anche qualche parente o affine del minore venisse, dopo l'accettazione della tutela, a dimorare nel raggio di quattro miriametri, il tutore non potrebbe più farsi scusare per questa causa. Si sa che tutte le cause di scusa (o di esclusione, o di destituzione) sono le stesse per la tutela e la tutela surrogata. Ciò posto, potrebbe accader benissimo che lo estraneo chiamato all'una o all'altra funzione non potesse rifiutarla, tuttochè vi fossero de' parenti e degli affini nella distanza voluta. Ciò avverrebbe se questi parenti ed affini fossero tutti della stessa linea dell'altro funzionario (art. 423 [345]).

Il secondo articolo vuole sessantacinque anni *compiti*, per dispensare dalla tutela da ricevere; ma non esige punto questa condizione pe' settant'anni che debbon dispensare dalla tutela già ricevuta. Non è il solo caso in cui la legge reputi settuagenari coloro il cui settantesimo anno è incominciato (articolo 2066 [1936]).

La scusa di età o d'infermità sopraggiunta durante la tutela non ha d'uopo, come quella di funzioni, di servizi o di missioni (art. 431 [353]), di esser proposta in un termine fissato. Ed infatti, se un tutore venisse a dire: « Malgrado la mia età o la mia infermità, malgrado il mio titolo legale di dispensa, ho voluto continuare la mia gestione finchè le forze me l'han permesso: ma ora il fardello è troppo pesante... » sarebbe al certo assurdo di punirlo del suo zelo, togliendogli un beneficio che avrebbe ottenuto se avesse avuto minor buona volontà.

Quest'osservazione basta per far comprendere che, malgrado la disposizione finale dello art. 434 [356], un'infermità esistente sin da prima della tutela potrebbe divenir una causa legittima di scusa *a tutela suscepta*, se si aumentasse durante la gestione. Non vi sarebbe neppur contraddizione a' termini dello articolo; chè la causa di scusa sarebbe allora nell'aumento della malattia, e quest'aumento sarebbe *sopraggiunto dopo la nomina* (o meglio dopo l'accettazione).

II. — Zachariae (t. I, p. 215, nola 10) fa, sull'art. 433 [355], una strana applicazione del sistema d'interpretazione letterale. Solo, dice egli il tutore nominato può scusarsi a settant'anni. Da ciò seguirebbe che il tutore legittimo, il quale potrebbe come ogni altro, secondo la prima frase dello articolo, recusare di accettare la tutela a sessantacinque anni, non avrebbe tuttavia scusa legale per la tutela una volta accettata, avesse pur novant'anni e più! ... Egli fa un ragionamento simile sulle parole *prima di questa età*, e conchiude che colui che accetta la tutela dopo sessantacinque anni non può più scusarsene a settanta; come se la rinuncia ad una prima scusa importasse rinuncia ad una scusa posteriore....

Per esser conseguente, quest'autore dovrebbe dire, sull'art. 434 [356], che il tutore per cui vi è stato *nominata* è il solo che possa farsi esonerare dalla tutela per infermità. Tuttavia nol fa mica; ammette come noi, il che è, infatti, evidente, che il legislatore ha inteso dare una regola comune ad ogni tutela, e che *nominata* significa in generale *accettazione*. Ma perchè dunque nello articolo precedente, le parole *colui che è stato nominato* non significano esse *colui che ha accettato*? Si cerca invano di spiegare un

simil mutamento di sistema da un articolo allo articolo seguente.

435 [357]. — Due tutele sono per chiunque un giusto motivo di dispensa dall'accettarne una terza.

Un coniugato od un padre già incaricato d'una tutela, non sarà tenuto ad accettarne una seconda, eccetto quella dei suoi figli.

1. — Questo articolo c'indica la quarta causa di scusa, il numero delle tutele. Due tutele (e la qualità di coniuge o di padre conta per una) dispensano dallo accettare la terza.

Dal permetter che fa la legge a colui che è attualmente coniuge o padre, di recusare una seconda tutela, non ne segue che il celibe gravato di due tutele acquisti col suo matrimonio il dritto d'esser dispensato da una di esse; poichè abbiain veduto che una tal causa può ben dispensare dallo accettare una tutela, senza essere tanto possente da dispensare da una tutela già accettata. Ma questo stesso individuo, gravato di due tutele, avrebbe questo dritto di recusarne una, se si trovasse inoltre chiamato alla tutela de' suoi figli. Infatti, la legge non esige da niuno di subire tre tutele; adunque, quest'individuo ha il dritto o di recusare quella de' suoi figli che gli perviene in terzo luogo, o di esonerarsi da una delle due prime, conservando quella de' suoi figli. Or, la legge ci indica come essa intenda che il padre non abbandoni la tutela de' suoi figli per quella di fanciulli estranei, poichè autorizza colui che è ancora sol coniuge di soffermarsi ad una prima tutela, affin di esser libero a torre in secondo quella de' suoi figli. Adunque il padre dovrà conservare la tutela de' suoi figli, esonerandosi da una delle due altre.

Quest' ultima osservazione fa abbastanza comprendere che la tutela unica la quale permette all'uomo, coniuge o padre, di rifiutarne una seconda, dev'esser la tutela di figli che non sono propri. Il principio da cui parte la legge, si è che ciascuno può benissimo esser gravato di due tutele; soltanto, fa equivalere all'una di esse l'eventualità della tutela de' propri figli, o in ogni caso, le cure che impone la paternità o il titolo di coniuge. Ma a questo equivalente di una prima tutela, è uopo aggiungerne una seconda, perchè quella che è offerta sia rifiutata come terza.

Del resto, la legge avendo annesso al solo titolo di coniuge o di padre il beneficio di esser dispensato da una sola tutela, ne segue che il beneficio esisterebbe anche pel vedovo i cui figli fossero tutti maggiori, o pel con-

Marradé T. I.

iuge senza figli la cui moglie fosse d'un'età abbastanza provetta per non più concepire.

II. — Abbiain veduto (art. 390 [294]), che il Codice nell'organizar la tutela, non ha pensato a' figli naturali, e che soltanto per l'analogia si è indotto ad applicar loro quelle regole della legge, che la ragione dice dover esser loro comuni. Il padre di cui esso parla è dunque un padre legittimo; ma ciò che dice del padre legittimo, è mai uopo, pel principio di analogia di cui abbiain testè parlato, estenderlo al padre naturale legalmente conosciuto? Noi noi pensiamo mica, per la ragione che questo è un beneficio, un favore annesso alla paternità, e che non si può favorire ed incoraggiare la paternità naturale a similitudine della paternità legittima. Per tal guisa l'articolo seguente dispensa ancora dalla tutela, in veduta del numero de' suoi figli, solo colui che ha cinque figli legittimi.

436 [358]. — Coloro che hanno cinque figli legittimi, sono dispensati da ogni tutela a riserva di quella de' propri figli.

I figli morti in attività di servizio nella regia armata, saranno sempre computati per dar luogo alla dispensa.

Gli altri figli morti non faranno numero, se non quando abbiano lasciato de' figli tuttora viventi.

I. — Ecco la sesta ed ultima causa di scusa: il numero di figli. Il figlio concepito soltanto non conterebbe; poichè unicamente quando si tratta de' suoi interessi, *quoties de commodo ejus agitur*, la legge lo reputa nato.

Si vede che il padre che avesse avuto solo tre o quattro figli, che fossero morti lasciando cinque, sei o otto nipoti, non potrebbe scusarsi; chè non mica i nipoti, ma i figli da cui discendono, la legge permette di contare.

437 [359]. — Le sopravvenienza de' figli durante la tutela non potrà autorizzare ad abdicarla.

1. — Così il numero de' figli dispensa bene a suscipienda tutela, ma non punto a tutela suscepla.

I quattro ultimi articoli della sezione non si occupano più se non di regole comuni a tutte le cause di scusa.

438 [360]. — Se il tutore nominato si trova presente alla deliberazione che gli deferisce la tutela, dovrà immediatamente, e sotto pena d'inammissibilità di ogni suo reclamo ulteriore, proporre i motivi che può avere di scusa, sopra i quali il consiglio di famiglia delibererà.

439 [561]. Se il tutore nominato non ha assistito alla deliberazione che gli ha deferita la tutela, potrà far convocare il consiglio di famiglia, affinché deliberi sopra i suoi motivi di scusa.

A questo effetto dovrà fare le sue diligenze nel termine di tre giorni, decorrenti dalla notificazione della sua nomina, il qual termine sarà accresciuto di un giorno per ogni tre miriametri di distanza dal luogo del suo domicilio a quello dove si darà luogo alla tutela: trascorso questo termine, non sarà più ammissibile la dimanda (1).

I. — Quando si tratta di un tutore legittimo o testamentario, il termine dal nostro articolo indicato correrà dal dì in cui egli avrà cognizione della sua qualità di tutore (art. 418 [339]).

Del rimanente, se il tutore, sia legittimo o testamentario, o sia dativo, facesse, anche nel breve termine che la legge gli accorda per proporre le sue scuse, degli atti di gestione, questi atti costituirebbero un'accettazione che lo renderebbe ancora non ammissibile a scusarsi in seguito; salvo che si tratti di semplici atti conservatori ed urgenti che non dinotassero veruna intenzione di accettare. I tribunali deciderebbero in fatto, e secondo le circostanze, se gli atti allegati siano o no di natura da provare la volontà di accettare.

440 [562]. — Se le sue scuse sono rigettate, potrà ricorrere ai tribunali per farle ammettere: ma durante la lite, sarà tentato d'amministrare provvisoriamente.

441 [465]. — Venendo ad essere dispensato dalla tutela, coloro che avranno rigettato la scusa potranno essere condannati alle spese del giudizio.

Se succumbe vi sarà condannato egli stesso.

I. — Abbiamo già veduto e vedremo ancora più oltre che, per quanto riguarda l'amministrazione della tutela, il consiglio di famiglia forma una specie di tribunale domestico, il quale giudica salvo ricorso al tribunale civile. Ma non bisogna perciò credere che questo consiglio sia un primo grado di giurisdizione, dal quale il ricorso al tribunale costituisse un appello propriamente detto; d'onde seguirebbe che i due gradi essendo esauriti dopo la sentenza del tribunale civile, non vi sarebbe mai luogo ad andare alla corte di appello. Si sa, al contra-

rio, che lo appello alla corte è sempre aperto per ogni sentenza resa su di una deliberazione del consiglio di famiglia (C. pr., art. 889 [966]). Quando adunque, nel caso del nostro articolo, il tribunale avrà pronunziato sul reclamo del tutore, la sua sentenza non sarà definitiva; le cose si troveranno fissate solo quando la corte avrà pronunziato, o il termine dello appello sarà spirato. Del rimanente, se il tribunale ha mantenuto il tutore, costui dovrà per analogia dello art. 440, amministrare provvisoriamente durante l'istanza dell'appello.

Quando il tutore vede il suo reclamo respinto ed è mantenuto nella tutela, è sempre condannato alle spese, per applicazione della regola generale la quale vuole che ogni litigante che perde subisca le spese che ha male a proposito cagionate al suo avversario (C. pr., art. 130 [222]). Che se soccombono i membri del consiglio, possono subire le spese, ma non le sopportano necessariamente. Gli è che infatti si trattava non precisamente del loro affare, ma di quello del minore; sovente essi avran sostenuta la lite non nel loro proprio interesse, ma nello interesse del fanciullo. I giudici avran dunque da esaminare le circostanze, e se ad essi sembra che veramente per interesse del fanciullo e pel ragionevole desiderio di dargli un buon tutore il consiglio ha agito, il minore sopporterà le spese; che se, al contrario, i membri del consiglio hanno agito in un modo irragionevole, per ispirito di cavillo, facendo della lite un affare di amor proprio, e quindi il loro affare personale, dovranno essi venir condannati.

II. — Il consiglio di famiglia è sempre libero, beninteso, di ammettere ogni altra scusa che quelle scritte nella legge, ma non vi è obbligato come quando esiste una scusa legale, e la scusa che avesse in tal modo respinta non potrebbe indi essere ammessa dal tribunale, sul reclamo del tutore. La legge avendo preso cura di precisare essa stessa le cause di scusa e non avendo voluto lasciarle alla valutazione arbitraria del giudice, costui non può dunque discostarsi dalle regole esposte nella nostra sezione.

SEZIONE VII.

Dell'incapacità, delle esclusioni e destituzioni delle tutele (2).

Non bisogna confondere l'incapacità con l'esclusione e la destituzione, nè queste due ultime tra di loro.

leggi civili si legge nel seguente modo — *DeUe cause di esclusione e di rimozione dalla tutela* — e vi si vede per primo articolo, l'articolo 364 che

(1) Il giornopero le nostre leggi civilisi accresce per lo spazio di ogni quindici miglia. (N. del tr.)

(2) L'epigrafe di questa sezione nelle nostre

L'incapacità differisce dall'esclusione e dalla destituzione in quanto la legge affligge a queste ultime un'idea disonorante che la prima non presenta mica. Le loro cause, d'altronde, sono ancora differenti.

L'esclusione e la destituzione hanno delle cause identiche, e differiscono soltanto in questo senso che la prima impedisce l'entrata in funzioni, laddove la seconda fa cessare una gestione già incominciata.

Il primo articolo della sezione è il solo che sia relativo all'incapacità; i sette altri si occupano dell'esclusione e della destituzione simultaneamente.

442 [365]. — Non potranno essere tutori, nè membri de' consigli di famiglia:

1° I minori, eccettuati il padre o la madre;

2° Gli interdetti;

3° Le donne, a riserva della madre e delle ascendenti;

4° Tutti quelli, che essi stessi o il loro padre o madre hanno col minore una lite, nella quale sieno compromessi il suo stato, la sua sostanza od una parte considerevole de' suoi beni.

SOMMARIO

- I. Quattro c'assi d'incapaci: 1. I minori, ed esclusione de' genitori legittimi soltanto.
- II. 2. Gli interdetti, ma non quelli che sono assenti provvisti giudizialmente di un consulente.
- III. 3. Le donne, eccettuati le ascendenti. Differenza tra la madre e le altre. — Tutto potremo avere nominato tutori, anche quando non maritata.
- IV. 4. Color che sono, o il cui essere avesse, col pupillo, una lite che compromette lo stato o la fortuna di costui. — Queste cause non può ritenersi come nel possono le tre altre. Danno con l'assente.
- V. Osservazione sul de' inestituita di Delle.

I. — Esistono quattro cause d'incapacità. La prima è la qualità di minore; ma si eccettuano i genitori del pupillo.

L'eccezione si applica forse a soli genitori legittimi? Noi così pensiamo. In prima, sappiamo già che il Codice nello assieme del titolo parla soltanto de' genitori e de' figli legittimi (il che è ancora provato dal § 2° il quale cita la madre e le ascendenti, sebbene non vi sien mai ascendenti, legalmente, pei figli naturali), in guisa che la disposizione non potrebbe estendersi a' genitori naturali se non per analogia; or, l'analogia non esiste, poichè un autore naturale è lungi dal nie-

rispondere all'art. 427 del codice napoleone; il quale sta collocato a capo della sezione antecedente, che ha ad epigrafe: — *Delle cause che dispensano dalla tutela.* — Vedi sotto questo articolo, ove noi abbiamo riportato quello delle nostre leggi civili. (*Nota del traduttore*)

ritare lo stesso favore di un autore legittimo: la disposizione deve adunque esser ristretta a coloro di cui essa parla, al doppio titolo di favore e di eccezione. D'altra parte sarebbe assurdo di confidar la gestione di una tutela a coloro che fossero essi stessi in tutela; or, ciò può accadere a' genitori naturali, laddove gli autori legittimi saranno stati sempre emancipati e liberali dalla tutela col loro matrimonio (art. 476 [399]).

Del resto, è chiaro che i genitori legittimi, i minori emancipati, non potrebbero fare come tutori gli atti di cui sono incapaci per se stessi; farebbe lor d'uopo per questi atti l'assistenza del loro proprio curatore (articolo 482 [405]).

Il contrario ha luogo per la donna maritata che a questo titolo soltanto è incapace. Costei, incapace d'agir per se medesima, è però capace d'agir per un altro. Sicchè nella presunzione d'assenza del marito, la madre ha per l'amministrazione de' beni de' suoi figli dritti maggiori che non ha per l'amministrazione de' suoi (art. 141, n° III). Ciò dipende, come è chiaro, dal non esser la donna (maggiormente) incapace che ne' suoi rapporti col marito e per gli atti che lei stessa concernono, laddove un minore lo è assolutamente.

II. — La seconda causa d'incapacità si trova nell'interdizione giudiziariamente pronunciata per imbecillità, demenza o furore (art. 489 [412]) (1).

Vedremo agli art. 499 e 523 [422, 446], che gli individui deboli di mente a un grado non abbastanza grave da esser interdetti e altresì i prodighi, debbono venir provvisti di un consulente, senza la cui assistenza non possono fare certi atti, il che li ragguaglia presso a poco a' minori emancipati; ora il nostro articolo non parla punto di costoro, ed una nomenclatura d'incapacità sendo una materia rigorosa che non può estendersi oltre i suoi termini neanche noi possiamo farveli entrare. Ma avvi un altro mezzo: qualora ei non volessero di lor grado rinunziare alla tutela, si potrebbe far pronunciare, giusta l'articolo 441 [363] — la loro esclusione per gestione attestante incapacità; o, se anteriormente erano in esercizio, la loro destituzione.

III. — La terza causa d'incapacità è fondata sul sesso: le donne sono incapaci, di esercitar la tutela e di entrare ne' consigli di famiglia, ma la legge eccettua la madre o lo

(1) In quanto all'interdizione legale (per misfatto), essa colpisce soltanto gli individui che subiscono una pena infamante (C. pen. art. 29) e quindi costoro sono non pure incapaci, ma esclusi o destituiti, giusta l'art. 443.

altre ascendenti. Per la madre in prima, non solo può ella esser tutrice, ma sappiamo che lo è di dritto per la morte del marito. Circa alle altre ascendenti, esse non han mai la tutela di dritto; ma potrà loro conferirla o l'ultimo moriente de' genitori, ovvero il consiglio. In quanto alla loro entrata nell'assemblea familiare, sappiamo, tutte le ascendenti esserne di dritto membri, benché soltanto onorari; ma purché sieno vedove. Qui, all'incontro, per la sola qualità loro di ascendenti e senz'alcuna condizione di vedovanza si trovano capaci, a differenza delle altre donne, e di entrar nel consiglio di famiglia, se il giudice di pace ve le chiama, e di esercitar la tutela, se lor vien data. Sicché pur vivente un ascendente escluso, destituito o censato, l'ascendente sua moglie può, a termini del nostro articolo, ricever la tutela dativa, e l' potrebbe parimenti, se maritata in seconde nozze. La madre, che per un secondo matrimonio contratto senza la venia del consiglio avesse perduta la tutela legale, potrebbe egualmente ricever questa tutela dativa, senza che perciò occorresse darle il secondo marito per contutore. Non si può stupire di vedere il nostro comma 3° accettare la gestione di una donna maritata, quando il comma 1° accetta quella d'un minore.

Notiamo, del rimanente, che, se le ascendenti esser possono tutrici o membri dei consigli di famiglia, mai non possono venir astrette ad accettar tali funzioni, che sono per loro sempre facoltative. Ne troviamo la prova nell'art. 394 [316], che alla stessa madre permette di non accettar la tutela del figliuolo. Laonde il caso, che per le altre donne è una causa d'incapacità, rimane per le ascendenti una causa di dispensa.

IV. — La quarta ed ultima causa d'incapacità risulta da una grave opposizione d'interesse tra il pupillo e l'individuo chiamato alla tutela. Ma non per tutt'i casi di grave opposizione d'interesse la legge crea l'incapacità; sibbene soltanto quando lo stato, la fortuna, o una parte notevole de' beni del minore sono compromessi da una lite attualmente esistente tra lui ed il tutore o i genitori di questo tutore.

Tuttavia Duranton, senza tener conto delle limitazioni sì precise dello articolo, insegna che l'incapacità esiste in parecchie altre circostanze (t. III, n° 505). Così, quando la lite ha luogo col figlio del tutore, lo stesso risultato dev'essere ammesso con maggior ra-

gione, dice egli; quando col suo coniuge, deve esserlo ancora per una ragione almeno eguale; indi vuole che sia lo stesso nei casi reciproci, ossia quando la lite tra il minore e l'una di queste persone comprometterà lo stato o la fortuna, non più del minore, ma del suo avversario, e si poggia per ciò sull'autorità del dritto romano. Duranton, in questa lista de' casi da aggiungere a quello della legge, ne dimentica due che dovrebbero, pare, precedere quelli ch'egli indica, 1° quello in cui la lite esistesse tra il minore ed una persona di cui il tutore sia l'erede presuntivo; 2° quello in cui questa lite avesse luogo non più col tutore medesimo, ma col padre o con la madre (eliminati dalla tutela per una causa qualunque).

Ove questo sistema ci menerebbe mai?... La legge pronunzia l'incapacità solo in due casi; 1° per lite, che comprometta lo stato o la fortuna del pupillo, contro il tutore; 2° per lite, contro l'autore del tutore. Noi avremmo il caso della detta lite ancora; 3° col figlio del tutore; 4° col suo coniuge; 5° con colui dal quale deve ereditare; poi i cinque casi reciproci, e saranno dieci; indi infine, i dieci casi analoghi a questi, nell'ipotesi in cui lo stato o la fortuna dell'autore del minore, o dell'avversario di quest'autore, fossero compromessi. In tutti questi casi, infatti, si rinviene il preteso motivo che Duranton attribuisce alla legge, il timore di gravi inimicizie. Pertanto, in luogo di due cause che la legge consacra, ne avremmo venti, salvo ad altri interpreti di aggiungerne delle nuove. Chè altri, poggiandosi, su questo preteso principio, che la tema d'inimicizia sia il punto di partenza della legge, potrebbero dire che il nostro § 4° non è se non un esempio che debbe far ammettere per intero le regole romane che cita Duranton; così ogni inimicizia col padre del pupillo, in qualunque guisa fossesi manifestata, basterebbe per rendere incapace. Ossia che non si saprebbe più dove soffermarsi.

Non il Digesto o le Novelle dobbiam noi seguire oggi, sibbene il Codice; ed il Codice è al certo chiarissimo e precisissimo sul punto che ci occupa. Il Codice non si è preoccupato, a similitudine del dritto romano, delle inimicizie da temere dal canto del tutore; perchè, dapprima, altri tempi altri costumi; e la civiltà è più progredita presso noi che non era a Roma (1); perchè, da un'altra banda, il nostro dritto francese ha posto, nella

(1) Ne troviamo un esempio, tra molti altri, nelle Istituzioni di Giustiniano, al tit. XVI del lib. II, *De pupillari substitutione*, § 3. L'imperatore indica al padre, che fa il testamento di suo figlio impubere, il mezzo di garantire il figlio da peri-

coli di morte che potrà correre dal canto del sostituto, ed è ad osservare che le precauzioni citate da Giustiniano come un semplice avviso a parenti timorosi, *si quis sit formidolosus sit*, ecc., sono copiate in Gaio, che le riporta come quelle

sua organizzazione delle tutele, un funzionario incognito a' Romani, e la cui presenza scema notevolmente i pericoli che poteva offrire la mala volontà del tutore, cioè il tutore surrogato, che vigila continuamente il primo; perchè infine, la tutela legittima (la sola per cui questo § 4^o sia ben utile, poichè nelle altre il superstita de' coniugi o il consiglio di famiglia si guarderan bene dallo scegliere un uomo sospetto), essendo molto men frequente presso noi che a Roma (ove tutt'i collaterali, tutti gli agnati vi eran chiamati), diveniva ridicolo di offrir qui un lusso d'incapacità senza oggetto.

Il Codice, doveva adunque restringere le cause d'incapacità; e lo ha fatto. Ei non v'ha incapacità, secondo il nostro § 4^o, se non sotto due condizioni.

È uopo 1^o che esista una lite che comprometta lo stato del pupillo o la sua fortuna, sia per intero, sia in gran parte. Ciò esclude positivamente tutt'i casi in cui lo stato o la fortuna fossero compromessi, quelli dello avversario del figlio, o de' suoi genitori. Ed infatti, quando sono quelli dello avversario, il pupillo non si trova più nel pericolo che ha voluto prevenire lo articolo; il suo stato e la fortuna di cui gode non corrono più verun pericolo. Che se sono quelli de' suoi genitori, non v'ha inconveniente che lo avversario di costoro divenga tutore; perciocchè la qualità di tutore del figlio non dà verun mezzo d'impedire a' parenti di riuscire nelle loro pretensioni.

È uopo 2^o che in questa lite, il tutore o l'uno de' suoi due autori, sia l'avversario del figlio. Che lo avversario anche del figlio non possa divenir suo tutore, ossia suo protettore, suo rappresentante, ciò è di tutto rigore; e si comprende che la legge estende questa idea primitiva fino al figlio dello avversario, perchè un figlio considera naturalmente la fortuna de' suoi genitori come la sua fortuna propria; in guisa che l'uomo poco dilicato adopererà la frode per aumentare il patrimonio di suo padre con la stessa facilità con cui l'adopera per aumentare il suo. Ma chi ci autorizza ad andar più oltre, nel silenzio della legge?

Epperò si vuol dichiarare incapace il padre dell'avversario, come dicesi, per *più forte ragione!* Ma egli è chiaro che non esiste affatto la medesima ragione: un padre non si accostuma a riguardare i beni de' suoi figli che erano, a suo tempo ancora, di un uso generale: *In usu est...* (Gall. Just. Comm. II, 481). La dio mercè, simili diffidenze, tali tristi precauzioni, non sono ne' nostri costumi, *in usu non sunt*: presso noi, il padre muore tranquillo sulla vita del suo giovane figlio; egli non teme che l'erede presuntivo di costui venga ad avvelenarlo

gli come beni propri, non iscorgendosi la speranza di vederli suoi; poichè se la successione de' genitori si trasmette sempre ai figli, quella de' figli non ricade su' genitori, se non accidentalmente e per eccezione all'ordine ordinario delle cose. Questa osservazione è più decisiva ancora per i coniugi dell'avversario; poichè alla fin fine, i beni di mia moglie non sono miei, e non ci dobbiamo scambievolmente succedere se non in mancanza di parenti di *dodicesimo grado* (art. 755 767 [673, 683]). Il caso che a preferenza sembrava dover rientrare nella disposizione, è quello in cui il tutore trovasi essere l'erede presuntivo dell'avversario, e su cui precisamente Duranton non estende l'incapacità. Ciò che non fa Duranton, dev'esi fare? . . . Noi non lo pensiamo affatto; poichè generalizzando così la regola tutta speciale dell'articolo, le si farebbero abbracciare delle ipotesi, che non sono nè nei termini, nè nello spirito della disposizione. Così, ove si tratti di un zio o di un cugino non aventi figli o di cui il tutore sia il parente il più prossimo, non vi ha più quella certezza di raccogliere l'eredità, nè quella confidenza, nè quell'attaccamento intimo de' genitori verso i figli, che sono ai possenti a determinare o di impinguare il patrimonio anche con mezzi illegali. Questi ultimi elementi, quella intimità profonda, l'abitudine dell'influenza presso il padre e la madre di deferenza verso i figli che hanno allevati, non esistono per gli altri ascendenti (Veg. art. 211 n° 1).

Pertanto, e per riassumere questo punto dilicato, diciamo: trattarsi, nel nostro articolo, d'incapacità, ossia di disposizioni eccezionali, rigorose, esorbitanti dal dritto comune; da un'altra banda, fra le ipotesi che posson prevedersi all'infuori de' termini della legge, non ve n'ha una che presenti un'analogia perfetta, non una che ponga le parti in una posizione identica a quella che sceglie il legislatore; infine, non si potrebbe abbandonare il testo della legge senza cadere in una serie d'idee, dall'una all'altra delle quali non vi sarebbe regola per soffermarsi: per queste tre ragioni quindi noi pensiamo che è forza attenersi rigorosamente a' termini istessi del Codice (1).

V. — Delle quattro cause d'incapacità che la legge c'indica, ce n'ha due, l'interdizione e la lite di cui si è parlato, le quali possono impossessarsi della sua fortuna; simili misfatti non sono più per noi che rare eccezioni, *in usu non sunt*.

(1) Conf. Toullier (II-4461), Proudhon (II, p. 345); — Contr. Delvincourt, Zachariae (I, p. 210); — ma niuno de' quattro autori dà veruna ragione della sua decisione.

sono presentarsi per un tutore già entrato in esercizio, come per quello che non ha ancora amministrato; e si comprende che in un caso farebbero escludere il tutore, come nell'altro gli vietano di pervenire alla tutela. Non bisogna adunque dire con Dalloz { *Dizionario*, V. *Tutela*, n. 242 }, che l'incapacità si applica sempre ad un individuo che non è ancora tutore. Un tutore capicissimo dapprima può benissimo trovarsi colpito d'incapacità durante la sua gestione.

443 [368]. — La condanna ad una pena affittiva od infamante opera *ipso jure* l'esclusione della tutela, ed egualmente produce la destituzione nel caso in cui si tratti di una tutela già conferita (1).

1. — Abbiamo già detto che l'esclusione e la destituzione hanno delle cause identiche, e che la legge, ne sette articoli a cui giungiamo, se ne occupa simultaneamente. Noi vediamo qui una prima causa che si opera di pieno dritto e senza che il consiglio di famiglia abbia d'uopo di pronunziarla. A questa prima causa fa mestieri aggiungere una seconda che il nostro articolo non indica mica. Infatti, oltre le cinque pene infamanti di cui qui si tratta (2), che son tutte pene criminali (C. pen., art. 7 ed 8), ci ha ancora una pena semplicemente correzionale, e quindi non infamante, che produce ancora esclusione o destituzione. Essa è l'interdizione, formalmente pronunziata da una sentenza correzionale, dal dritto di esser tutore (C. pen., art. 9-2°, e 42-6° [37]). — Questa interdizione, sempre temporanea (a differenza di quella che risulta da una condanna ad una pena infamante, la quale dura sempre), non può esser pronunziata da un tribunale correzionale se non ne' casi in cui è specialmente ordinata o autorizzata dalla legge (C. pen., art. 443). Essa è ordinata in due casi, di cui uno ci è già cognito, quello di eccitazione de' figli minori alla dissolutezza

za (C. pen., art. 331, 335, 374); ed è autorizzata ne' casi degli art. 401, 405 a 408, e 410, C. pen.

È importante di osservare che quando l'una delle cinque condanne infamanti, o la condanna correzionale di cui abbiamo testè parlato, colpiscono un padre o una madre, non li privano se non del dritto di tutela legale e non possono torre loro quello di esser nominati tutori de' loro figli dal consiglio di famiglia (Vedete C. pen., art. 28, 34-4°, e 42-6°); eccettuato, tuttavia, quando l'interdizione è pronunziata per eccitazione de' figli alla dissolutezza (C. pen., art. 335 [332]).

444 [367]. — Sono parimenti esclusi dalla tutela ed anche rimovibili, quando ne sieno in esercizio:

1.° Le persone di notoria cattiva condotta;

2.° Quelle, la cui amministrazione provasse la loro incapacità od infedeltà.

1. — Nel caso di questo articolo, l'esclusione o la destituzione non ha luogo di pieno dritto; esse debbon pronunziarsi dal consiglio di famiglia (art. 446 [369]). Due casi permettono di pronunziarle, 1.° la mala condotta notoria del tutore; 2.° una gestione che attesta la sua incapacità o la sua infedeltà.

La mala condotta è notoria, quando si costituisce da fatti cognitivi a moltissime persone, e de' quali si fa un gran dire tra il pubblico. Ma non è a dire, evidentemente che questi fatti debbono esser noti a *tutti*, e che l'esclusione o la destituzione non possano esser pronunziate dal consiglio, o mantenute da' tribunali, e che quindi i membri del consiglio o i giudici avrebbon d'uopo di farsi chiarire mercè un'inchiesta. A torto il Zachariae (t. 1, p. 211, nota 9) insegna questa dottrina, che a ragione rigetta la giurisprudenza (tit. 24 ag. 1809; Rennes 18 mag. 1829; Rig. 12 mag. 1830).

(1) I compilatori delle nostre leggi civili non ponevano mente alla disposizione dell'articolo 4 delle leggi penali, che dichiara nessuna pena essere infamante, nè affittiva nel senso del codice penale francese, quando scrivevano quest'articolo. Esso quindi contiene una disposizione inutile, dappoichè non in forza di questo articolo, ma sibbene in forza dell'articolo 44 delle leggi penali, alcuni sono dichiarati incapaci ad essere tutori. Costoro sono quelli che vengono colpiti dalla pena dell'interdizione da' pubblici uffici, la quale siegue di dritto la pena de' ferri e della reclusione per tutta la vita del condannato, e la pena della relegazione per altrettanto tempo dopo espulsa la pena, per quanto la è durata. Inoltre è nella facoltà del giudice regio di aggiungere alla pena di prigionia, di confino e d'esilio correzionale fra le altre interdizioni anche quella

di essere tutore o curatore, eccettochè de' propri figli concorrendosi il parere del consiglio di famiglia, per un tempo non minore di due mesi, nè maggiore di cinque anni, giusta il dettato dell'articolo 27 delle leggi penali. (Nota del traduttore)

(2) Abbiamo già detto, e si vede infatti dallo art. 7, C. pen., che tutte le pene affittive sono infamanti. Fra le pene infamanti, che sono al numero di otto, indichiamo solo le cinque ultime come quelle che operano l'esclusione o la destituzione; i Lavori forzati a tempo, la Detenzione, la Reclusione, il Bando e la Degradazione civica. In quanto alle tre prime: la Morte, i Lavori perpetui e la Deportazione, noi non ne parliamo, attesochè cancellano il condannato dal numero dei viventi, o realmente, o almeno legalmente, poichè producono la morte civile.

Quanto alla gestione che attestar debbe la incapacità o l'infedeltà, non occorre che sia proprio quella della tutela. Il testo medesimo del nostro articolo lo prova; dachè a questa causa fa produrre non pur la destituzione, ma l'esclusione eziandio, cioè l'impossibilità d'entrare in esercizio. Basta una gestione qualsiasi, purchè, beninteso, riveli la incapacità o l'infedeltà *attuale* o almeno recente dell'individuo.

443 [368]. — Qualunque individuo che sarà stato escluso o rimosso da una tutela non potrà essere membro di un consiglio di famiglia.

I. — Questo articolo non dice che *le cause*, le quali producono l'esclusione o la destituzione dalla tutela, come pure l'esclusione dai consigli di famiglia: quest'effetto vien prodotto dall'esclusione o dalla destituzione *attuata*. Onde non basta mica che l'individuo presenti le circostanze di notoria mala condotta, d'incapacità o d'infedeltà, per esser escluso da un consiglio di famiglia; è mestieri che, per una di queste cause, sia stato escluso o *destituito da una tutela*. La legge ha voluto restringere al possibile le cause d'incapacità o d'infedeltà; e, come un cattivo membro del consiglio di famiglia è men da temere di un cattivo tutore, ha sancita nel nostro articolo una disposizione più stretta di quella dell'articolo precedente (1).

Circa alle cause che di pieno dritto operano l'esclusione o la destituzione dalla tutela, cioè, 1° la condanna a pena infamante; 2° la condanna correzionale che rifletta specialmente quest'obbietto; esse operano alla stessa guisa l'esclusione dai consigli di famiglia (C. pen. 28, 34, 42). — Nel secondo caso bisogna, beninteso, che la condanna correzionale cada specialmente sull'interdizione del dritto di voto nelle assemblee familiari.

Onde: 1° condanna a pena infamante; 2° condanna correzionale che pronunzi la interdizione temporanea dal dritto di voto nei consigli di famiglia; 3° esclusione o destituzione da una tutela: tali sono le sole cause d'infedeltà che s'oppongono alla entrata o al mantenimento d'un individuo in un consiglio di famiglia.

Rispetto alle cause d'incapacità, che sono in numero di quattro, ci sono state indicate dall'art. 442 [363].

II. — Una delle cause che escludono da un consiglio di famiglia per infedeltà, è la destituzione d'un tutore. Ma non si vuol com-

prendere sotto il nome di *destituzione* tutti i casi in cui il consiglio di famiglia allontana un tutore per nominarne un altro. In ogni tutela dativa il consiglio, supremo dispensatore del dritto di tutela, ha evidentemente il dritto, se l'interesse del pupillo lo richiede, di cambiar un tutore, benchè non sia incapace e non gli si possa opporre verun atto d'infedeltà; ma non sarà questa una destituzione. Nella stessa tutela legale abbiám veduto (art. 395 [317]) il consiglio di famiglia chiamato a decidere del dritto della madre, quando costei vuol rimaritarsi, ed investito del potere di ritorle la tutela, e lo stimi necessario agl'interessi del minore: or in questo caso non evvi nè incapacità nè infedeltà della tutrice; sicchè la non è mica una destituzione. Del pari, quando la madre si rimarita senza consultare il consiglio di famiglia, può certo esservi piena buona fede dal canto di lei e nulla avvi di comune fra questo caso e quelli in cui la legge pronunzia destituzione di pieno dritto. Epperò l'art. 443 [366] non rammenta questo caso, e l'art. 395 [317] dice solo che la madre *perde* allora la tutela.

Laonde non v'è esclusione o destituzione propriamente detta che per le cause indicate nella nostra sezione o nel Codice penale. Circa al tutore, cui la tutela è tolta nel caso dell'art. 421 [343], è chiaro ch'egli è veramente destituito, dachè per sua frode, per suo *dolo* gli vien ritolta la tutela, di guisa che nel breve tempo che è durata la sua gestione egli ha dato pruova d'infedeltà, il che lo assoggettano all'art. 444 [367].

446 [369]. — Ogni qualvolta si farà luogo alla rimozione del tutore, sarà questa pronunziata dal consiglio di famiglia, convocato ad istanza del tutore surrogato o di ufficio dal giudice di pace.

Questi non potrà dispensarsi dall'ordinare tale convocazione, quando gli sarà formalmente richiesta da uno o più parenti od affini del minore, nel grado di cugini germani, od in altro de' gradi più prossimi (2).

I. — L'articolo non fa parola che della destituzione, ma dal consiglio di famiglia viene altresì pronunziata l'esclusione, come provano i due articoli seguenti. Soltanto, in questo caso d'esclusione, il nostro articolo non sarà sempre applicabile; il consiglio non potrà sempre esser convocato dal tutor surrogato, cui ben potrebbe questi non esi-

nostre leggi civili sta redatto nel seguente modo: — « Questi non potrà dispensarsi dall'ordinare » tale convocazione, quando gli sarà formalmente » richiesta da qualche congiunto od affine ». (N. tr.)

(1) Conf. Cass. 13 ott. 1807; Besanzon 25 ag. 1808; Rennes 14 febb. 1810; Rouen 17 nov. 1810; Caen 15 gen. 1811; Rennes 30 mag. 1831.

(2) Il secondo numero dell'articolo 369 delle

ster peranco. Onde, quando pel superstite genitore ha luogo l'esclusione, ovvero per un ascendente o un tutor testamentario che si trovi chiamato per la morte di quel superstite, trapassato prima d'aver avuto il tempo di convocar il consiglio, è chiaro che non vi sarà tutor surrogato. Il giudice di pace dunque non potrà allora che d'ufficio convocare un consiglio ovvero sulla domanda de' parenti, o di creditori o altre parti interessate (art. 421 [343]).

Per contra, quando si tratterà d'una destituzione, cioè d'un tutore già in esercizio, vi sarà sempre un tutor surrogato.

447 [370]. — Qualunque deliberazione del consiglio di famiglia, che pronunzierà l'esclusione, o la destituzione del tutore nè esprimerà i motivi; e non potrà essere presa se non sentito o citato il tutore.

448 [371]. — Se il tutore aderisce alla deliberazione, ne sarà fatta menzione, ed il nuovo tutore assumerà immediatamente le sue funzioni.

Se reclama, il tutore surrogato dimanderà l'omologazione della deliberazione avanti il tribunale di prima istanza, salva l'appellazione.

Il tutore escluso, o destituito può egli stesso, in questi casi, chiamare in giudizio il tutore surrogato per ottenere la dichiarazione di essere mantenuto nella tutela.

449 [372]. — I parenti o affini che avranno domandato la convocazione, potranno intervenire nella causa, che verrà istruita e giudicata come affare d'urgenza.

I. — L'art. 883 [960] C. proc. indica, pel modo secondo il quale può impugnarsi innanzi al tribunale una deliberazione del consiglio di famiglia, una regola affatto diversa da quella qui presentata dall'art. 448. Parecchi giureconsulti, fondandosi sull'essere il codice di proc. posteriore al C. civ., pretendono aver quell'articolo derogato al nostro, e doversi seguir la regola da noi indicata.

Questo sentimento ci sembra erroneo. L'art. 883 [960] è fatto in generale pe'vari casi in cui la deliberazione non è stata presa ad unanimità; e permette sol per ciò al tutore, al tutorsurrogato o alcuratore, ed a' membri del consiglio che hanno opinato contrariamente alla deliberazione, di domandarne l'annullamento contro i membri che han presa la deliberazione, tutto ciò nell'inter-

se del minore (1). Non di questo caso tratta l'art. 448; qui è questione d'un tutore che nel suo privato interesse e per salvare il suo onore, impugna, anche nel caso di unanimità, la deliberazione che lo esclude o lo destituisce. Ancorchè la deliberazione non sia unanime, non su questa circostanza fonda egli la sua azione, ma sì sull'esser colpito, ingiustamente secondo lui, da una misura disonorante. Il caso preveduto è dunque diversissimo, e i due articoli vanno applicati distributivamente alle ipotesi distinte che contemplano. Circa alle quistioni ed osservazioni minite a cui dar può luogo il testo degli art. 883 e seguenti del cod. di pr., nella spiegazione di questo Codice naturalmente si allogano; qui sarebbero un fuoropera.

Del resto il tutore non avrà nopo di farla da attore, se il tutor surrogato non l'abbia antivenuto, domandando incontinentemente l'omologazione, conforme vuole il secondo comma dell'art. 448 [371]. Che se non vi fosse tutor surrogato perchè si trattasse della esclusione d'un tutore legittimo o testamentario arrivato alla tutela prima della stessa esistenza del consiglio, e se il consiglio formato dal giudice di pace avesse trascurato, nel pronunziar l'esclusione, di nominar immantinenti questo tutor surrogato; il tutore potrebbe allora, ma in questo sol caso, intentar la sua azione contro i membri del consiglio di famiglia. Ma raro sarà un tal caso, e non potrebbe d'altra banda averarsi che per contravvenzione alla legge; giacchè il consiglio, pronunziando l'esclusione o la destituzione, dee tosto nominare il nuovo tutore e subito dopo un tutor surrogato, se già non vi sia (art. 448, com. 1 e 422 [371, 324]).

In tutt'i casi l'affare sarà istruito come urgente, cioè senza preliminare di conciliazione avanti al giudice di pace (C. proc. articolo 49 2° (2)), ed altresì senza l'impiego delle scritture necessarie negli affari ordinari (ivi, art. 404, com. 5, 405 e seg., 77 e 78 [497, 495, 171, 172]).

II. — Quando il tutore escluso o destituito reclama contro la deliberazione, il suo reclamo che è una specie d'appello dalla sentenza del consiglio, ne impedirà l'esecuzione, salvo se il consiglio abbia dichiarata la sua sentenza esecutiva nonostante il reclamo (C. proc. art. 135 6°, 457 [226, 521]).

Se l'esecuzione provvisoria non è pronunziata, l'antico tutore amministrerà fino alla decisione de' tribunali; nel caso contrario,

(1) Questo art. 883 (960) C. pr. esige che quando non v'è unanimità, l'avviso di ciascun membro sia espresso nel verbale.

(2) Articolo soppresso nelle nostre leggi di pro-

cedura, le quali non richiedono la conciliazione prima d'intentare un giudizio, salvo pe' soli corpi morali (Nota del traduttore).

l'amministrazione sarà presa dal nuovo tutore, che il consiglio ha dovuto nominare con la medesima deliberazione (art. 448, com. 1, [371]).

SEZIONE VIII.

Dell'amministrazione del tutore.

450 [373]. — Il tutore avrà cura della persona del minore e lo rappresenterà in tutti gli atti civili.

Amministrerà i di lui beni da buon padre di famiglia, e sarà responsabile d'ogni danno ed interesse che potesse risultare da una cattiva amministrazione.

Non potrà comprare, o prendere in affitto i beni del minore, salvo se il consiglio di famiglia abbia autorizzato il surrogato tutore a fargliene l'affitto, nè potrà accettare la cessione di alcuna ragione o credito contro il suo amministrato.

SOMMARIO

1. A chi appartiene l'educazione e la custodia del pupillo.

II. Conseguenza della qualità di rappresentante della persona del minore.

III. La cessione del tutore scetti di un credito del minore è nulla; se soltanto fosse questo minore a lui. Conseguenza. — Questo nullità non può estendersi ad altri casi.

I. — Il tutore è dal nostro articolo incaricato di prender cura della persona del minore. Importa ciò forse che il dritto d'educazione e di custodia del pupillo necessariamente e sempre a lui s'appartengano? Evidentemente no; questo dritto non diviene un attributo della potestà tutelare, se non quando più non esiste patria potestà. La ragione dice abbastanza che i genitori soltanto, tranne se una circostanza eccezionale li renda incapaci o indegni, hanno il dritto di dirigere l'educazione de' loro figli: la natura medesima così vuole, e non lascia di dirlo il testo positivo del nostro articolo. L'art. 372 (288) dichiara che il figlio resta sotto l'autorità de' genitori fino alla sua maggiore età o all'emancipazione senza punto distinguere se è o non è in tutela; e l'art. 381 (308) accorda il dritto di correzione, non già alla madre *tutrice legale*, sibbene alla madre *superstite*. Dunque, quando il superstite dei genitori non è tutore, per qualunque causa ciò intervenga, e quand'anche sia escluso o destituito, tanto che esercita la patria potestà, a lui e non mica al tutore appartiene

il dritto di educazione co'suoi corollari, il dritto di custodia e il dritto di correzione.

Quando il superstite de' genitori è morto o privato dell'esercizio della patria potestà, il dritto d'educazione si riunisce al potere tutelare, e non passa mai agli altri ascendenti in questa sola qualità, siccome provano il nostro articolo e l'art. 468. [391]. Gli art. 477 e 478 [400, 401] ci sembrano eziandio rivelare questa teorica della legge. E di fermo il dritto di emancipare il figlio è evidentemente una conseguenza del dritto di dirigerlo e di governar la sua persona, del dritto d'educazione infine. Or la legge accorda questo dritto primamente a' genitori, siano o no tutori (477[400]), indi, in loro mancanza, lo dà non al tutore, ma al consiglio di famiglia (478 [401]). Ma se il dritto di sorvegliare e dirigere il minore, diviene allora un attributo naturale e regolare della qualità di tutore, si vede che non gli è punto *essenziale*; poichè nel caso preveduto di sopra il tutore non l'ha altrimenti. Potrà dunque questo dritto, accidentalmente e per una eccezione fondata sull'interesse del pupillo, venir ritolto al tutore e attribuito a qualunque altro. Il consiglio, di famiglia stabilito giudice delle varie quistioni intime della tutela; il consiglio a cui il tutore è sottomesso, sia in quanto alle somme da impiegare per l'educazione (art. 454 [377]), sia per l'esercizio compiuto del dritto d'educazione (art. 468 [391]), potrebbe per esempio affidare a un'avola non tutrice la custodia della nipote, lasciando al tutore l'amministrazione de' beni; salvo ricorso a' tribunali, cui dovrebbe determinare il maggior interesse del pupillo (1).

Del rimanente, presso chiunque sia fissata la residenza del minore, appo il tutore sarà sempre il domicilio di lui (art. 188).

II. — Il tutore, costituito dalla legge *rappresentante* del minore, può dunque per lui e in nome di lui contrattare, litigare e fare ogni sorta d'atti. Tale è il principio, e da questa regola non bisogna dipartirsi, se non per gli atti cui un testo speciale proibisce o sottomette a certe condizioni.

Obbligato ad amministrare i beni da buon padre di famiglia (2), egli è dunque responsabile e della sua cattiva gestione ed anche ben s'intende, del manco di gestione.

III. — Delle tre proibizioni contenute nell'ultimo comma dell'articolo e tutte e tre fondate sul bisogno di evitare l'opposizione d'interessi fra il tutore e il pupillo, avviene

(1) Conf. Parigi, 24 plov. anno XII, 45 mess. anno XII; Rouen 5 mag. 1814; Cass. 8 ag. 1815; Toullier (II—1484), Duranton (II—529).

(2) Questa espressione che più volte troviamo, Marcadé T. I.

nel Codice, ci vien da' Romani, e significa da proprietario accurato (Veg. Intr. al lib. I, n. II, p. 59, 60).

una, su i cui effetti non s'accordano i giureconsulti. « Il tutore non può, dice la legge, accettare la cessione di verun dritto contro il suo pupillo. » Ma che mai accadrà, se, malgrado il divieto, il tutore compri o si faccia cedere in qualunque altro modo un credito, di cui il minore è debitore? La cessione è nulla; ma lo è poi assolutamente, talchè il cedente si reputi non aver nulla ceduto, e resti creditore; ovvero lo è soltanto fra il tutore ed il pupillo e nell'interesse di quest'ultimo?....

Il Zachariae adotta la prima opinione (t. I, p. 235); ma noi pensiamo col Toullier (II, 1232), Delvincourt e Duranton (III, 600) che la seconda dia il vero pensiero della legge. E di fatti, il cedente, il quale non era in quanto a sè sottomesso a verun divieto, che poteva anzi non conoscere la qualità del tutore, ha stipulato con costui un contratto che aveva piena facoltà di fare; or con qual dritto verrebbe il tutore cessionario a domandarne contro di lui la nullità? Fra loro dee pur la cessione produrre i suoi effetti; fra il tutore ed il pupillo aver non può efficacia di sorta. Quando il tutore vorrà farsi pagare, allora sì che il pupillo, nel cui interesse esiste la nullità, rispondergli che la cessione non è avvenuta contra di lui, e il tutore sarà punito della frode da lui fatta alla legge con la perdita di ciò che avrà erogato. Tal'era la regola della Novella 72, donde è tratta questa disposizione; e non si può maravigliare di questo rigore, quando si vede l'articolo seguente pronunziare in termini formali contro il tutore una simile decadenza per una contravvenzione, che non è più grave di questa.

Se da una parte fosse assodato che il tutore abbia agito di buona fede e da un'altra che il credito era ben reale, siam di credere che si dovrebbe pagare al tutore il prezzo che avesse sborsato, il quale sarà sempre al disotto della cifra del credito. Non come cessionario riceverebbe egli cotai prezzo, chè a questo titolo avrebbe dritto all'intero ammontare del credito; sibbene a titolo di *gerente d'affari*, come quegli che ha fatto utilmente l'affare del pupillo e deve esser ristato della spesa (art. 1375 [1329]). Così era nelle nostre antiche consuetudini.

Del resto, essendo questa regola una disposizione penale, non si deve estendere a verun altro caso fuori di quello che prevede. Per esempio, se si trattasse di un debito al quale era obbligato lo stesso tutore, sia come condebitore solidale, sia come garante, è chiaro che questo tutore potrebbe pagarlo e che avrebbe il suo regresso ordinario contro il minore; ciò non è farsi cedere un credito, ma è meramente pagare il proprio debito

(1250 3° [1203]). Potrebbe ancora, s'egli medesimo fosse creditore ipotecario del minore, e fosse preceduto da un altro creditore che avesse un'ipoteca anteriore alla sua, pagare questo creditore per sottrargli ed assicurar vieppiù il pagamento del proprio credito (1251 1° [1204]).

Potrebbe altresì pagare di proprio, in nome e per conto del suo pupillo, il costui debito, anticipandogli i fondi che gli mancano. Lo potrebbe, giacchè non è questa una cessione di crediti, non è quel commercio, quel traffico di dritti dubbi che il Codice ha voluto proscrivere, ma è un prestito fatto al debitore per evitargli delle molestie dispendiose (art. 1251 1° [1204]). Ma pure, siccome questo caso, diversissimo in dritto dal caso di cessione, non se ne distingue in fatto che per l'intenzione del creditore e di colui che lo paga; siccome si potrebbe benissimo, sotto specie d'un semplice pagamento affatto lecito occultar la cessione vietata e il traffico de' crediti, sarà sempre prudente cosa che il tutore, se non vuole esporsi a molestie, non faccia un simile pagamento senza consultare il consiglio di famiglia e farsi autorizzar da questo.

451 [374]. — Ne' dieci giorni che seguiranno a quello della sua nomina da esso debitamente conosciuta, farà istanza acciòchè vengano tolti i suggelli, nel caso in cui fossero stati apposti, e farà immediatamente procedere all'inventario de' beni del minore, in presenza del tutore surrogato.

Se a lui è dovuta qualche cosa dal minore, dovrà farne la dichiarazione nell'inventario, sotto pena della perdita delle sue ragioni, e tale dichiarazione si farà sull'istanza che il pubblico ufficiale, sarà tenuto di fare allo stesso tutore, e di cui sarà fatta menzione nel processo verbale.

SOMMARIO

- I. Cattiva redazione dell'articolo. Non si applica a tutori legittimi come a tutori chiamati, ma solo a' chiamati per effetto della morte d'una persona di cui il pupillo è erede.
- II. Quasi della dichiarazione relativa a' crediti, quando non si fa inventario?
- III. Ogni tutore dee far distendere inventario delle apprensioni che scendono al minore. — Effetto della mancanza d'inventario.
- IV. Caso in cui il termine dell'inventario sarà di tre mesi, invece di dieci giorni.
- V. La persona che inventa beni disponibili può dispensarsi il tutore dell'inventario. — Rimedio al pericolo che ne risulta.

I. — Questo articolo non potrebbe esser peggio redatto.

Innanzi tratto non parla che del tutore divenuto tale per *nomina*; or egli è chiaro che non di questo solamente si tratta. Conveniva dire d'un modo generale, *fra i dieci giorni*

che seguiranno quello in cui ha dovuto entrare in funzioni (Veg. la spiegazione dell'articolo 418). Questo vizio di riduzione è tanto più strano in quanto questo articolo si applicherà assai più sovente a tutori legittimi che a tutori nominati.

Infatti se l'articolo presenta sotto questo rispetto un secondo vizio di redazione, ben più grave del primo, non già all'entrare in funzioni d'ogni tutore vi sarà luogo ad occuparsi de' suggelli e d'inventario; ma soltanto allorchè si tratterà d'una tutela, alla quale ha dato luogo la morte d'una persona di cui il minore è erede. Sicchè quando la tutela si apre, cioè quando il figlio vi si trova sottoposto per la prima volta per la morte d'uno de' suoi genitori, gli è il caso di applicare l'art. 819 [738], il quale vuole che si appongano i suggelli sempre che si apra una successione a cui trovansi chiamati uno o più minori. Lo stesso è quando il minore vede morire il genitore supersite, tutore legale alla cui successione eziandio è chiamato. E così pur sarebbe se la tutela fosse divenuta vacante per la morte di un ascendente tutore legittimo, di cui il minore è erede. In questi casi tutti, il tutore, qual ch'ei sia, legittimo, testamentario o dativo, deve far tosto apporre i suggelli, se non si sieno apposti, nel caso contrario, supposto dal nostro comma, non dovrà più occuparsi che della loro rimozione. Or questa deve sempre essere accompagnata da un inventario, o che l'apposizione sia stata fatta sulla domanda del tutore, o che al suo entrare in funzioni era già effettuato (C. proc. art. 928 [1005]). Si vede che non sarebbe esatto il dire, con Zachariae (I, p. 220) non esservi luogo di applicare il nostro articolo che quando il minore è sottoposto alla tutela per la prima volta. Questa dottrina pecca per troppa restrizione, come l'articolo per troppa generalità. Senza dubbio l'articolo si applica sempre a un primo tutore, ma s'applica pure ad altri qualche volta.

Che se il defunto di cui il minore è erede non ha lasciato nulla, in luogo dell'inventario si stende un verbale di carenza (da *carere*, mancare; art. 924 [1001] C. proc.)

Quando al contrario il nuovo tutore ne sostituisce un altro, sia defunto sia scusato o destituito, ma di cui il minore non è erede, è chiaro, non esservi nè suggelli da far apporre o rimuovere, nè inventario da far distendere. Il tutore non deve allora che ricevere dal tutor precedente o dai suoi rappre-

sentanti, in presenza del tutor surrogato, il conto di questo tutore precedente. Questo conto, che necessariamente avrà per base l'inventario che il precedente tutore ha fatto fare, farà conoscere lo stato del patrimonio del minore, e servirà di base al futuro conto del tutore che lo riceve.

II. — Il tutore, che fa procedere all'inventario nel caso in cui è richiesto, deve, sulla domanda che è tenuto a indirizzargli il notaio redattore, dichiarare i crediti che può avere sul minore; e quelli che non dichiarerebbe si troverebbero di pieno dritto estinti. Che se il notaio avesse ommesso di far la dichiarazione, siccome allora egli e non più il tutore sarebbe in contravvenzione alla legge, contro di lui avrebbe azione il minore per isforzarlo a prendere a suo carico quelli tra i crediti sulla cui sincerità sorgessero dubbi.

Questa precauzione della legge non essendo indicata che pel caso in cui deve il tutore far fare inventario, che diverrà essa mai quando non vi è luogo alla redazione dell'inventario?..... Egli è evidente che nella mente della legge la deve prendersi in ambi i casi; il pericolo che la legge ha preveduto, l'abuso che un tutore far potrebbe de' titoli del pupillo per reclamare una seconda volta dei crediti già pagati, son da temere ugualmente. Questo tutore adunque dovrà al rendimento de' conti far conoscere, sotto pena altresì di decadenza, i crediti che può avere, e ciò sulla richiesta che dovrebbe fargliene il tutor surrogato.

III. — L'entrata in funzioni d'un tutore chiamato per la morte d'una persona a cui succede il minore non è il solo caso in cui necessiti la redazione d'un inventario; è chiaro che se nel corso della gestione d'un tutore, qual ch'ei sia, scade al pupillo una successione, a questo tutore spetta far apporre i suggelli (C. proc. 910, II, 911, I [987, 988]) ed attendere alla loro rimozione e alla redazione dell'inventario (ivi) art. 930, 911 [1007 1017].

Qual sarà ora l'effetto della mancanza d'inventario sia nel caso in che versiamo, sia nel caso del n.º I?..... Sarà di autorizzare il minore o i suoi rappresentanti a provare contro il tutore il valore delle cose ch'esser doveano inventariate, sia co' titoli che potessero procacciarsi sia con testimoni, sia pure per *fama pubblica* (1). Tal è la regola che espressamente sancisce l'art. 1442 [1406], per la mancanza dell'inventario de' beni comuni

(1) Dicesi propriamente *prova per testimoni* quella fatta da persone che affermano positivamente i fatti allegati; *prova per fama pubblica* quella consistente in semplici presunzioni tratte

da *dicerie*, da voci ferazioni: *si dice* che il defunto avea una rendita di tanto.....; *pare* che il suo mobiliare valeva tanto.....; *tutti pensavano* che il suo numerario ascendesse a tanto, ec.

che incombeva al coniuge superstite, e questa regola non è che l'applicazione del dritto comune consacrato dagli art. 1348 e 1353 [1302, 1307]. Infatti l'art. 1318 [1302] permette la prova per testimoni sempre che il creditore non ha potuto procurarsene una scritta; or qui non poteva il pupillo procacciarsi egli stesso lo scritto, l'inventario che il tutore doveva dargli e non gli ha dato. Da un'altra banda l'art. 1353, permette a giudici di decidere sopra mere presunzioni abbandonate alla loro discrezione, cioè finanche sopra semplici dicerie nei casi in cui è ammessa la prova testimoniale.

IV. — La legge accorda al tutore, per far rimuovere i suggelli e cominciare l'inventario, un termine di soli dieci giorni, ma avvi un caso in cui questa regola non si applicherà; ed è quello in cui il tutore è il superstite de' genitori maritati in comunione. E di vero, l'obbligo di far l'inventario risultante dalla qualità di tutore svanisce allora incontro all'obbligo identico che precede dalla qualità di coniuge superstite; talchè se il superstite non fosse tutore (perchè rifiutasse, se è la madre, o si facesse scusare), egli tuttavia e non già il tutore, farebbe fare l'inventario, giusta l'art. 1442 [1406]. Onde alla regola del nostro articolo sottentrerà allora quella dell'art. 1442, che punisce la mancanza d'inventario assai più severamente (con la perdita dell'usufrutto legale), ma che pure col suo silenzio lascia il superstite, in quanto al termine dell'inventario sotto l'imperio del dritto comune, secondo il quale il termine degli inventari è di tre mesi (art. 795, 1456 [712, 1421]).

V. — La è una questione delicata quella di sapere se un tutore possa esser dispensato dall'obbligo d'inventariare dalla persona che trasmette i beni al pupillo che non ne sia erede riservatario. Quando si tratta di beni riservati, è chiaro che l'erede, il quale ha su quelli un dritto indipendente dalla volontà del disponente, può rigettare tutte le condizioni a cui questi sotmetter volesse la trasmissione. Onde la questione non si presenta che pe' beni disponibili.

Per la negativa, si dice un inventario essere di necessità, d'ordine pubblico, come indispensabile per servir di base al conto che il tutore dee rendere, senza che nulla possa sottrarlo. Se così stesse la cosa, se quest'inventario fosse indispensabile al rendimento del conto del tutore, non esiteremmo ad adottare questa sentenza. Ma avvi un altro mezzo di dare una base al conto del tutore e fare che la sua responsabilità non sia mica una vana parola; ed appunto perchè questo mezzo conduce allo stesso risultato d'un inventario, decideremo in principio,

con Delvincourt e Duranton, che la dispensa dall'inventario è permessa. Questo mezzo risulta dall'art. 470 [393], il quale permette al consiglio di famiglia di esigere dal tutore degli stati di situazione della sua gestione. Quando dunque un testamento attribuirà dei beni al pupillo, dispensando il tutore dal farne inventario, il consiglio dovrà tosto esigerne uno stato di situazione che gli faccia conoscere la nuova posizione del patrimonio del minore.

Si vede che se noi sciogliamo da un lato il tutore, e perchè dall'altro egli resta legato da una regola a cui nulla può sottrarlo.

453 [375]. — Nel mese successivo dal compimento dell'inventario, il tutore in presenza del surrogato tutore farà vendere, col mezzo di atti d'incanto da riciversi da un ufficiale pubblico, e previ gli avvisi o pubblicazioni, delle quali se ne farà menzione nel processo verbale della vendita, tutti i mobili ad eccezione di quelli che dal consiglio di famiglia sarà stato autorizzato a poter conservare in natura.

I. — Questo articolo evidentemente dovrà applicarsi a' due casi ne' quali il tutore dee far formare un inventario, cioè quando la successione scade al minore nel corso della gestione del tutore, quando questi entra in funzioni in virtù dell'apertura della successione. La ragione è in ambi i casi la stessa; chè in ambi i casi importa di trasformare in capitali produttivi gli oggetti che potrebbero deprezzarsi o che in tutti i casi non produrrebbero nulla.

Il motivo che ha fatto dettar questo articolo e che noi abbiamo testè indicato fa comprendere abbastanza che, non vuolsi interpretare questa disposizione a seconda dell'art. 533 [458]. Giusta questo articolo la parola *mobili*, usata sola e senz'altra designazione, non comprende i gioielli, i libri, le medaglie, la biancheria, le armi, il grano, il fieno ed altre derrate ec. ec. Se si seguisse questa regola d'interpretazione, bisognerebbe serbare preziosamente per la fanciulla di quattro anni i tremila volumi di opere di dritto, che il suo vecchioso zio avvocato o giudice le ha lasciati, invece di convertirli in sei o settemila franchi da collocarli agl'interessi; bisognerebbe conservarle accuratamente per diciassette anni il grano, l'orzo che suo padre coltivatore avea messi in magazzino pochi mesi prima di morire; e via dicendo. Vedremo più innanzi qual può essere il valore delle singolari definizioni date dagli articoli 533 e 535 [458, 460]; qui ci basti questa regola del nostro articolo, che il tutore dovrà far vendere tutto ciò che il

consiglio di famiglia non lo autorizzerà a conservare in natura.

Tuttavolta hannoci de' beni, *mobili* eziandio, per la conservazione de' quali non si attenderà certo l'autorizzazione: non verrà senza dubbio in mente al tutore di esporre all'incanto i pezzi da cinque franchi, i biglietti di banca, le cambiali, le rendite sopra lo Stato, o sopra privati. I mobili di cui si tratta nell'articolo sono soltanto i mobili *corporali*, la cui conservazione fosse nociva o meno utile agl'interessi del minore (1).

Il tutore che non facesse vendere il mobile, o ne facesse vendere soltanto una parte, sarebbe responsabile verso il minore di tutto ciò che la mancanza di vendita facesse perdere o impedisse di guadagnare.

453 [376]. — Il padre e la madre sino a che hanuo il proprio e legale usufrutto de' beni del minore, sono dispensati dall'obbligo di vendere i mobili (2), se prescelgono di conservarli per poscia restituirli in natura.

In questo caso da un perito che verrà nominato dal surrogato tutore, e che presterà giuramento avanti il giudice di pace, essi faranno eseguire a loro spese una stima a giusto valore. Restituiranno il prezzo stimato di que' mobili che non potranno esibire in natura.

I. — Quando il superstite de' genitori non ha l'usufrutto legale de' beni del figlio, sta a livello d'ogni altro tutore e resta sottomesso alla regola dell'articolo precedente, ancorchè sia tutore legittimo. Ma quando ha l'usufrutto de' beni, non fosse che tutore dativo (dopo perdita la tutela legittima), o fosse pure del tutto estraneo alla tutela, ha la facoltà, sul suo stesso titolo d'usufruttuario, e come ogni altro usufruttuario far potrebbe, di conservare in natura, per restituire alla fine dell'usufrutto nello stato in che si troveranno, i mobili che non si consumano col primo uso che se ne fa (art. 589 [514]). E poichè è questa una delle conseguenze legali del dritto d'usufrutto, ne segue che ogni tutore, il quale si trovasse usufruttuario dei mobili appartenenti al figlio, avrebbe esattamente il medesimo dritto dell'usufruttuario legale. Quando verrà la fine dell'usufrutto,

il tutore usufruttuario al pari di ogni altro usufruttuario, restituirà i mobili nello stato in cui saranno, purchè non sieno deteriorati per sua colpa, caso in cui risponderebbe della deteriorazione (art. 589 [514]).

Che se più non esistono, bisogna fare una distinzione che non è fatta dal nostro articolo; cioè distinguere se l'usufruttuario prova o no che la cosa sia perita per caso fortuito. Se non fa questa prova, si presume averla egli fatta perire o lasciata perire per sua colpa o anche venduta a suo profitto, e ne deve la stima; così dicono il nostro articolo e il 950 [874]. Ma s'egli stabilisce che la cosa è perita per caso fortuito, non risponde tampoco di questa perdita, come neanche della deteriorazione sopraggiunta senza sua colpa; e come debitore di cose determinate, è liberato con la perdita della cosa (art. 1301 [1955]).

In quanto a' mobili di cui non si può far uso senza consumarli, il tutore usufruttuario ne divien proprietario, salvo a pagarne la stima alla fine dell'usufrutto o a restituire delle cose di pari natura, qualità o quantità (art. 582).

La sola differenza che qui vi è fra il tutore usufruttuario legale e l'usufruttuario ordinario si è che questi non può conservare i mobili in natura se non mediante la cauzione che deve fornire; senza della quale si venderebbero per collocarne il prezzo su cui l'usufruttuario avrebbe l'interesse (art. 602 comma 3; 603 [527, 528]); il che non avrà luogo per l'usufruttuario legale, il quale, ben si sa, è dispensato dal dar cauzione (art. 601 [526]).

II. — La stima che avrà luogo nel caso del nostro articolo, la quale sarà, come di ragione, a spese dell'usufruttuario, stantechè il suo dritto d'usufrutto vi dà luogo, dovrà, dice la legge, esser fatta a *giusto valore*. Altri articoli (825 [908] C. pr. 913, 3° [867], ec.) ripetono che la stima de' mobili dee farsi a *giusto valore* e *senza aumento*, a *giusto prezzo* e *senza incremento*. Ma non deve una stima sempre farsi a giusto valore, senza che sia necessario di dirlo?..... La spiegazione di questi testi è affatto storica.

Un editto di febbraio 1556 rendeva i periti estimatori garanti del loro apprezzo, e permetteva di lasciare a loro conto i mobili che

(1) Non ci accade far osservare che, in certe date congiunture, il consiglio di famiglia dovrà conservare mobili, che la altri casi converrebbe lasciar vendere. Così, se la successione del vecchio avvocato di cui parliamo nel testo, scada non ad una fanciulla, sibbene ad un giovane di diciassette anni, che già studia il dritto e a' indifferenza al foro, è chiaro che sarà utile conservare a lui la biblioteca dello zio.

(2) Nell'articolo 376 delle nostre leggi civili si leggono le parole — *di cui sono usufruttuari* — che non sono nel rispondente articolo francese; le quali parole aggiunte si riferiscono all'obbligo che impone la legge ai genitori di vendere anche que' mobili, di cui non hanno l'usufrutto a' termini degli art. 300, 304, 653, 1046 II. cc., e 332 II. pp. (Nota del traduttore)

non si trovavano a vendere al prezzo da essi indicato. Quindi ne' periti l'abitudine di estimare gli oggetti al disotto del loro valore reale e conseguentemente l'uso in quelli che facevano apprezzare di aggiungere al prezzo indicato una parte aliquota (ordinariamente un quarto (che appellavasi *crue*, incremento). Questa usanza ha voluto abolire il legislatore, ordinando di apprezzar le cose al loro prezzo reale, senza che il perito sia responsabile della sua stima.

454 [377]. — Al momento in cui s'incomincerà l'esercizio di qualunque tutela, ad eccezione di quella de' genitori, il consiglio di famiglia stabilirà con calcolo prudenziale, e secondo l'importare de' beni amministrati, la somma cui potrà ascendere la spesa annua per lo minore, nonchè quella dell'amministrazione de' suoi beni.

Lo stesso atto specificherà se il tutore sarà autorizzato a farsi coadiuvare nella sua agenzia da uno o più amministratori particolari stipendiati ed amministratori sotto la sua responsabilità.

455 [378]. — Il consiglio determinerà positivamente la somma da cui comincerà l'obbligo nel tutore d'impiegare gli avvanzi delle rendite, dedotte le spese. Questo impiego dovrà essere fatto nello spazio di sei mesi, passati i quali, senza che lo abbia effettuato, saranno a carico del tutore gl'interessi.

456 [379]. — Se il tutore non ha fatto determinare dal consiglio di famiglia la somma, da cui dovrà incominciare l'obbligo dell'impiego, sarà tenuto, scorso il termine espresso nel precedente articolo, a gl'interessi di qualunque somma non impiegata, comunque piccola essa sia.

SOMMARIO

I. Questi tre articoli non s'applicano a' genitori che hanno il godimento legale de' beni del minore. — Perché.

II. Sviluppo de' questi articoli. — I den ulivati s'applicano a tutte le somme appartenenti al minore onde che provengano. — Spiega al famiglia determinare il modo dell'impiego.

III. Il tutore deve, anche durante i sei mesi, l'interesse delle somme di cui si serve e di quelle che fosse debitore. — Traccia agli articoli seguenti.

I. — Questi tre articoli, giusta i termini della legge, non s'applicano alla tutela dei genitori: ciò si vede e dalla dichiarazione formale del primo, col quale gli altri due si concatenano, ed altresì dall'opposizione che presenta immediatamente l'art. 457 [380], dicendoci che ogni tutore, *eziandio il padre o la madre*, subirà le regole di quest'ultimo.

Dunque nella tutela de' genitori il consiglio non avrà nè da fissare la somma che potrà annualmente spendersi pel figlio e per l'amministrazione dei suoi beni, nè a decidere se il tutore può farsi aiutare nella sua gestione, nè a determinar la somma, dalla quale comincerà l'obbligo d'impiegare le economie fatte.

Ma sono però i genitori sempre ed assolutamente dispensati da queste formalità? No, certo; ma soltanto, come dice l'art. precedente, *finchè hanno il godimento proprio e legale de' beni del minore*. L'art. 453 [376] fa parola de' genitori che hanno il godimento; i nostri art. 454 a 456 [377 a 379] per l'opposto parlano de' tutori che non *hanno i genitori (aventi il godimento)* e quindi dei genitori che non l'abbiano.

E di fermo, quando trattasi della tutela de' genitori aventi l'usufrutto de' beni del figlio, non può esser questione d'indicare la frazione di rendite da applicarsi alle annue spese e al di là della quale si dee capitalizzare pel minore; giacchè tutte queste rendite appartengono all'usufruttuario. Neppure può esser questione pel consiglio di famiglia di discutere se il tutore potrà o no aiutarsi di agenti salariati; dappoichè, facendosi l'amministrazione per suo conto, è a lui dato di pagar degli agenti, se stima a proposito di prenderne.

II. — Quando il tutore non sia il padre o la madre, o anche quando sia l'uno di essi ma non abbia l'usufrutto legale, è sottomesso alle regole del nostro articolo. Pertanto, deve in prima far determinare dal consiglio di famiglia qual somma potrà ciascun anno impiegarsi: 1° pe' bisogni personali del figlio; 2° per l'amministrazione de' beni. In questo secondo oggetto rientra il punto di sapere se il tutore potrà farsi aiutare da agenti pagati a spese del pupillo. Il tutore che amministrasse senza far regolare questi diversi punti, si esporrebbe a veder respingere come eccessiva una parte delle sue spese.

Dopo di aver fissata la porzione di rendite che può venire spesa, il consiglio di famiglia determinerà la somma dalla quale incomincerà l'obbligazione di far l'impiego, l'investimento, dell'eccedenza; ed il tutore dovrà realizzare questo investimento fra sei mesi, a far tempo dal di in cui la somma si troverà completata nelle sue mani. A partire dallo spirar de' sei mesi, se la somma non fosse impiegata, gl'interessi correrebbero contro di lui a favore del minore. Il tutore che non avesse avuto cura di far instaurare questa somma, sarebbe obbligato a fare l'impiego di ogni somma, per modica che la fosse, fra sei mesi a muovere dal di in cui fosse stata disponibile nelle sue mani; in mancanza

d'impiego, ne dovrebbe del pari l'interesse. Che se, nell'uno o nell'altro caso, il tutore avesse impiegato le somme prima de' sei mesi, l'interesse correrebbe pel pupillo dal dì stesso dello impiego; e se fosse provato che voleva tener l'impiego celato per appropriarsene il prodotto, potrebbe venir destituito per infedeltà (art. 444 [367]).

La legge non parla de' capitali trovati in contanti all'apertura della tutela, o ricevuti durante il suo corso, sia pel rimborso di una somma dovuta, sia per la pervenienza di una successione o donazione: la non parla neppure del prezzo de' mobili venduti ne' casi spiegati sotto l'art. 452 [375]. È chiaro, per l'analogia de' nostri articoli, che il tutore deve impiegare ancora fra' sei mesi a partire dal dì in cui il danaro si è trovato nelle sue mani.

In tutt'i casi, si appartiene al consiglio di famiglia, nel precisar la somma per cui l'impiego diviene necessario, di determinar il modo di questo impiego: esso dirà se deve farsi in acquisto d'immobili, in compra di rendite sullo Stato o sopra particolari, in prestiti ad interesse sopra ipoteche. Che se il consiglio non ha a tal riguardo nulla determinato, il tutore trova nel suo dritto di amministrazione (art. 450 [373]) il potere (ed il dovere) di scegliere egli stesso il modo dello impiego; salvo, beninteso, la sua responsabilità per ogni impiego cattivo, quando vi sarà qualche negligenza o imprudenza da rimproverargli, sendovi in tal caso *cattiva gestione* (art. 450, 1383 [373, 1337]).

III. — Il tutore che, prima della scadenza de' sei mesi dalla legge dati per cercare un impiego convenevole, avesse impiegato il danaro del pupillo pel suo proprio uso, ne dovrebbe lo interesse a far tempo dal dì in cui se n'è servito, giacchè è un impiego fatto nelle sue proprie mani (art. 1996 [1868]). Lo stesso sarebbe del tutore il quale, debitore del pupillo, non avesse posto in cassa le somme che gli doveva, a far tempo dalla scadenza: chè a partire da questo giorno, *debuta a semetipso exigere*, ed è vero dire che si è servito del danaro del minore.

Questo principio trae seco delle conseguenze notevoli. Così, anche quando si trattasse di un debito prescrivibile contro il pupillo (per regola generale, la prescrizione non corre contro i minori; ma v'ha eccezione per quelle che denominansi le piccole prescrizioni, che si compiono in meno di dieci anni; art. 2252, 2278 [2158, 2184]), il tutore debitore non potrebbe mai prescrivere, poichè è stato *obligato*, come tutore, ad agire contro se stesso prima di aver acquisita la prescrizione; di tal che dovrebbe a titolo di danni ed interessi, per manco di gestione, ciò che avrebbe prescritto come debitore

ordinario. E poichè oramai egli dovrebbe come tutore, ne segue che il debito che fosse stato dapprima semplicemente chirografario diverrebbe ipotecario; chè son garantiti dalla ipoteca legale tutt'i crediti che la gestione fa nascere pel pupillo.

N. B. — La parte di questa sezione che ci rimane a spiegare (art. 457 a 467 [380 a 390]) c'indica gli atti di gestione che il tutore, sebbene rappresentante del minore, non può però fare con la sua sola autorità. Fra questi atti, ce n'ha taluni per cui basta l'autorizzazione del consiglio di famiglia (art. 461 a 464 [384, a 387]); per gli altri, è uopo l'intervento del magistrato.

457 [380]. — Il tutore quando anche fosse il padre o la madre, non può prender denari a prestito per lo minore, nè alienare o ipotecare i suoi beni immobili, senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia.

Questa autorizzazione non dovrà essere accordata che per causa di assoluta necessità, o di evidente vantaggio.

Nel primo caso, il consiglio di famiglia non accorderà la sua autorizzazione se non dopo che da un conto sommario presentato dal tutore, sarà stata comprovata l'insufficienza de' denari, mobili e rendite del minore.

Il consiglio di famiglia, in qualunque caso, indicherà gli stabili che dovranno preferibilmente essere venduti, e tutte le condizioni che riputerà vantaggiose.

I. — L'indicazione che l'ultimo comma esige per gl'immobili da vendere sarà necessaria ancora per la costituzione d'ipoteca; e se il nostro articolo nol dice, gli è che, quando fu redatto e decretato il nostro titolo, non si sapeva ancora qual sistema ipotecario si adotterebbe: il pensiero de' redattori si portò naturalmente sull'antica giurisprudenza, secondo cui l'ipoteca colpiva sempre tutti gl'immobili del debitore. Il Codice volendo al contrario (art. 2129 [2015]) che l'ipotecabilità per convenzione non colpisce se non l'immobile o gl'immobili specialmente designati, è chiaro che si spetterà al consiglio di famiglia di fare la designazione.

La rendita o la cessione d'ipoteca che il tutore facesse senza le condizioni riebiste dal nostro articolo e dallo articolo seguente, sarebbero nulle; poichè all'infuori di queste condizioni, il tutore non ha più la capacità legale di rappresentare il minore per questi atti. Ei non sarebbe al tutto lo stesso del prestito; nullo sotto un rapporto, potrebbe trovarsi valido per un'altra causa.

Infatti, il minore non sarebbe obbligato nel principio stesso dell'atto; ma se il danaro prestato gli avesse veramente profitto, si troverebbe obbligato per effetto di *gestione di affari*, secondo l'art. 1375 [1329], il quale vuole che colui il cui affare è stato bene amministrato adempia le obbligazioni che il gerente ha contratto in suo nome.

454 [381]. — Le deliberazioni del consiglio di famiglia relative a quest'oggetto, non avranno esecuzione se non dopo che il tutore ne avrà chiesta ed ottenuta l'omologazione del tribunale civile di prima istanza, il quale pronunzierà nella camera del consiglio, sentito il procuratore dell'impero.

I. — Secondo l'art. 885 [962] del Codice di procedura, il tribunale a cui è domandata l'omologazione deve statuire *sul rapporto* d'uno de' giudici, e lo art. 111 [206] dello stesso Codice vuole che ogni rapporto si faccia all'udienza; bisogna forse concludere che questo Codice deroga al nostro articolo, e che la loro sentenza dovrà esser resa infatti all'udienza, e non nella camera del consiglio? Noi noi pensiamo mica: il nostro articolo è speciale pel caso che prevede, ed a questo titolo la sua disposizione deve prevalere: *specialia generalibus derogant*. Il legislatore ha pensato con ragione che sarebbe sovente nocivo agl'interessi del minore di pubblicare in tal guisa in piena udienza il segreto de' suoi affari. Tutto che potrebbe permettere lo spirito della legge, sarebbe di udire nella camera del consiglio la lettura del rapporto, la discussione della questione, le conclusioni del pubblico ministero, e di venire indi all'udienza per pronunziare la sentenza, che non dovrebbe presentare se non questo motivo unico: « attesochè vi ha giusta ragione (di alienare, d'ipotecare o di torre a prestito), il tribunale omologa, ecc. » Ecco ciò che si pratica per le autorizzazioni di donne maritate.

455 [382]. — La vendita si farà alla presenza del surrogato tutore all'asta pubblica, i cui atti saranno ricevuti da un membro del tribunale civile, o da un notaro a ciò destinato, e dopo tre avvisi da affiggersi ai luoghi soliti del cantone, in tre domeniche consecutive.

Ciascuno di questi avvisi sarà approvato

(1) Ecco la redazione di questo primo comma dell'articolo 460 del Codice Napoleonico nel rispondente articolo 383 delle nostre leggi civili: — « Le formalità richieste negli articoli 380 e 381 per l'alienazione de' beni del minore non hanno luogo

e sottoscritto dal sindaco del comune in cui sarà stato affisso.

460 [383]. — Le formalità richieste dagli articoli 457 e 458 [380, 381], per l'alienazione de' beni del minore, non si applicano al caso in cui una sentenza avesse ordinato l'incanto in conseguenza d'una provocazione di un comproprietario indiviso (1).

Solamente ed in questo caso, l'incanto potrà farsi nella forma prescritta dall'articolo precedente: gli estranei vi saranno necessariamente ammessi.

SOMMARIO

I. L'autorizzazione del consiglio (« quindi la sua omologazione ») non è necessaria quando la vendita è forzata, il che ha luogo nella licitazione domandata contro il minore e nell'appropriazione volontaria contro di lui.

II. Regole sulla vendita de' mobili.

III. Regole per la stipulazione d'acquisti.

I. — Quando un immobile appartiene in comune a più comproprietari, e, sulla domanda di divisione formata dall'uno di essi, si riconosce che non può dividersi, vi ha luogo a venderlo all'asta pubblica per dividerne il prezzo. Questa vendita all'incanto per impossibilità di divisione si nomina *licitazione* (art. 1686 [1533]).

Or, un comproprietario ha sempre il diritto di uscire dall'indivisione (art. 815 [734]); può sempre costringere alla divisione, o alla licitazione, se la divisione non è possibile. Adunque, quando l'azione di un comproprietario produce la licitazione del bene del minore, questa licitazione, questa vendita, è forzata pel minore; e quindi non v'ha luogo a discutere il punto di sapere se v'ha o no utilità di vendere. Ma ora, poichè la deliberazione del consiglio di famiglia e la sua omologazione, richieste dagli art. 457 e 458, hanno per iscopo unicamente di comprovare l'utilità della vendita, non v'ha dunque luogo a domandarle qui. Tanto infatti dichiara il nostro articolo.

La cosa starebbe altrimenti, se la domanda di divisione fosse formata dal minore. Come allora questo minore non sarebbe più astretto a licitare, una sentenza che ordini la licitazione non sarebbe possibile se non sull'avviso conforme del consiglio di famiglia e con omologazione della deliberazione di questo consiglio; ossia che si applicherebbero allora gli art. 457 e 458 [380 e 381].

« go nelle vendite giudiziarie che si fanno ad istanza de' creditori; nè si applicano al caso in cui una sentenza avesse ordinato l'incanto in conseguenza di una domanda di un contomino indiviso. » (Nota del traduttore)

Del resto, nel caso istesso in cui la licitazione è forzata pel minore, perchè è domandata contro di lui, la legge esige sempre le forme proletttrici indicate dallo articolo precedente, e per prevenire ogni frode dal canto de' comproprietari del minore, vuole che i terzi sieno ammessi a farla da oblatori. Quando tutt' i collicitanti sono maggiori e arbitri de' loro dritti, l' ammissione degli estranei è facoltativa per ciascuno di essi (art. 1687 [1533]).

Un altro caso in cui la vendita degl' immobili è forzata, ed in cui, per conseguenza il tutore non ha d' uopo della famiglia per consentirvi, si è quello di espropriazione sperimentata da un creditore. Il solo favore che la legge accorda allora al minore, si è di non permettere al creditore questa espropriazione degl' immobili, se non dopo che avrà discusso i beni mobili; ossia ch' egli deve sperimentare il rimborso del suo credito su questi beni mobili dapprima, e non può rivolgersi agl' immobili se non in caso d' insufficienza de' mobili (art. 2206 [2107]). Questa discussione de' beni mobili non è neppur necessaria, 1. quando il debito è comune al minore e ad un maggiore che è con lui comproprietario dello immobile; 2. quando il giudizio d' espropriazione è incominciata contro un maggiore a cui il minore è succeduto (art. 2207 [2108]).

II.—I quattro articoli di sopra parlano solo della vendita degl' immobili. In quanto ai mobili, abbiám veduto che pe' mobili corporali vi ha, pel tutore, non solo facoltà, ma obbligo di venderli; salvo che il consiglio di famiglia abbia ordinato di conservarli in natura, caso in cui sparirebbero e l' obbligazione ed anche la facoltà di alienare. Per ciò che riguarda i mobili incorporali, cioè, le rendite sullo stato o sopra particolari, i crediti, le azioni in compagnie di finanza, di commercio o d' industria (articolo 629 [554]), il Codice si tace, ed il tutore trova nella sua qualità di rappresentante del minore il dritto di alienarli, senza aver d' uopo di domandare un' autorizzazione che testo alcuno non esige.

Ecco un dritto che sembra ben pericoloso nelle mani del tutore; ma il pericolo non è grande quanto sembra a prima giunta. Ed innanzi tratto, per le rendite sullo Stato, sta scritta un' eccezione formale al principio nello art. 3 della legge del 24 marzo 1806, che non permette il trasferimento delle iscrizioni, le quali oltrepassino cinquanta franchi di rendita, se non con l' autorizzazione

del consiglio di famiglia (1). In quanto alle rendite sopra privati, crediti ed altri dritti mobiliari, il correttivo del male sta in questo che il tutore non troverà probabilmente mai una persona che voglia comprare un dritto di una certa importanza senza domandar garentie, e la prima garentia al presentarsi sarà l' autorizzazione del consiglio.

III.—Fra gli atti d' amministrazione che il tutore può fare senz' autorizzazione, la legge alloga la confezione ed il rinnovellamento degli affitti. L' art. 1718 [1561] dichiara che le regole indicate dagli art. 1429 e 1430 [1400, 1401] per gli affitti de' beni di donne maritate in comunione sieno applicabili agli affitti de' beni de' minori. Or, secondo questi articoli, il marito non deve sfittire i beni della moglie se non per nove anni al più; e non può rinnovarli che tre anni prima, al più, pe' beni rustici, e due anni prima per le case. La cosa sarà dunque a tal modo pel tutore.

Ma non bisognerebbe spingere più oltre l' assimilazione del marito e del tutore; non bisognerebbe credere che tutte le idee di questi due articoli 1429 e 1430 sieno qui applicabili. Secondo questi articoli, quando il marito ha fatto, pe' beni della moglie, un affitto di più di nove anni, o lo ha rinnovato più di due o tre anni prima, l' affitto non può mai esser censurato finchè dura la comunione; soltanto quando questa comunione è sciolta e la moglie ha recuperata l' amministrazione de' suoi beni, può domandarsi l' annullamento dello affitto. Non sarebbe però lo stesso degli affitti consentiti dal tutore all' infuori de' suoi poteri; non sarebbe mica necessario di attendere la fine della tutela per censurarli, e la nullità potrebbe venir domandata dallo stesso tutore che gli ha consentiti.

Infatti, il marito in comunione di beni non è soltanto, in quanto agl' immobili della moglie, il rappresentante di costei per l' amministrazione; egli ha di più, un dritto a se proprio; come capo della comunione a cui le rendite di quest' immobili appartengano, egli è usufruttuario di quest' immobili (art. 1401-2° (2), 1421 [1396]). Ma poichè, durante la comunione, il marito è egli solo padrone de' frutti e può disporne come gli piace, la convenzione da lui stipulata, relativamente a questi frutti, sarà dunque sempre valida finchè durerà la comunione, e nè egli, nè altri potranno impugnare; lo affitto potrà venir censurato, se non si trova fatto ne' limiti del dritto di amministrazione, soltanto riunione oltrepassasse un' azione intiera.

(2) Questo articolo fu soppresso nelle nostre leggi civili, per le ragioni che diremo a luogo proprio. (Nota del traduttore)

(1) Un decreto del 25 settembre 1813 estende questa regola alle azioni della banca (le quali son tutte di 50 fr.). Il tutore ha d' uopo dell' autorizzazione per alienare più azioni o frazioni la cui

quando questa comunione sarà sciolta ed il dritto di godimento estinto. Or, ei non è lo stesso del tutore; egli non ha verun dritto a sè proprio su' beni del suo pupillo, non ha altro che il dritto di amministrazione. Adunque, l'atto fatto all'infuori di questo dritto è annullabile, ed annullabile d'ora in avanti. Ancora di più, lo affitto dev'essere impugnato dal tutore medesimo; chè, impugnandolo, egli non agisce già in suo nome proprio, sibbene a nome e come rappresentante del minore; di tal che ha gli stessi dritti che questo minore avrebbe se fosse divenuto maggiore ed agisse di per sè stesso. In pochi detti: il tutore ha, su' beni del minore, il dritto di un amministratore, di un mandatario, e null'altro. Adunque, gli atti da lui fatti nei limiti del suo mandato, si reputano stati fatti dal minore, e questo minore non può impugnarli nè per l'organo del suo tutore, nè da sè stesso quando sarà maggiore. Per contrario, gli atti che il tutore fa all'infuori del suo mandato non sono più fatti regolarmente dal minore; adunque questo minore può impugnarli, sia da sè stesso, quando sarà maggiore, sia per l'organo del suo tutore finchè dura la tutela. — Egli è ben chiaro che il tutore che fa pronunziare, a nome del suo pupillo, la nullità dello affitto da lui consentito all'infuori de' suoi poteri, può esser condannato, in suo proprio nome, a' danni ed interessi verso il locatario.

Del resto, se il minore ancora in tutela può agire in tutt'i casi in cui la moglie il potrebbe dopo lo scioglimento della comunione, è ben chiaro che nol può ne' casi in cui questa moglie, anche dopo lo scioglimento, nol potrebbe neppure ella. Or, gli art. 1429 e 1430 [1400, 1401] dichiarano che la moglie non potrebbe, dopo lo scioglimento, opporsi all'esecuzione dello affitto di nove anni fatto lungo tempo prima, una volta che è incominciato; nè all'esecuzione del periodo di nove anni, attualmente incominciato ancora, di un affitto fatto per un maggior numero di anni. In breve, 1. il minore ha, nè più nè meno, gli stessi dritti della moglie, e questo appunto significa l'art. 1718 [1564]; 2. ma vi ha questa differenza che i dritti della moglie, visto il dritto che il marito ha su' frutti come capo della comunione, non possono esercitarsi se non dopo lo scioglimento, e da questa moglie medesima (o da' suoi eredi, beninteso), laddove quelli del minore possono benissimo esercitarsi durante la tutela dal tutore medesimo che ha consentito lo affitto.

461 [584]. — Il tutore non potrà accettare nè ripudiare una eredità devoluta al minore, se non previa l'autorizzazione del

consiglio di famiglia. L'accettazione non avrà luogo se non col beneficio dell'inventario.

1. Si vedrà più oltre (art. 802 [719]) che colui che ha cura di accettare una successione unicamente *sotto beneficio d'inventario* non diviene erede e rappresentante del defunto se non *per benefici*: che la successione può presentare dopo fatto l'inventario; in guisa che, se il passivo oltrepassa o eguaglia lo attivo, rimane veramente estraneo alla successione. Ciò posto, non si comprende, a prima giunta, perchè il nostro articolo, il quale non permette di accettare le successioni scadute al minore se non per questo mezzo del beneficio d'inventario, esige tuttavia la deliberazione della famiglia. Che questa deliberazione sia necessaria per la ripudiazione, è ben patente, poichè il minore potrebbe perdere con ciò un patrimonio vantaggioso; ma qual pericolo può fargli correre un'accettazione beneficiaria?

La risposta è facile. Posson dapprima esser delle ragioni morali le quali richieggono che si rigetti il titolo di erede; i beni della successione han potuto essere acquistati con mezzi che nuocessero all'avvenire del figlio. Da un'altra banda, l'accettazione beneficiaria potrebbe trovarsi svantaggiosa anche pecuniariamente. Infatti, ogni erede, anche beneficiario, è obbligato (art. 843 [762]) a conferire alla massa ereditaria tutto ciò che ha ricevuto dal defunto in donazione o per legato (salvo che la liberalità sia stata fatta con dispensa formale della collazione); or, sarebbe possibile che una liberalità fatta al figlio fosse più considerevole della parte che dovrebbe raccogliere come erede. Infine, l'erede beneficiario trovandosi gravato (fino a concorrenza dello attivo) del soddisfacimento de' debiti e de' legati, e dovendo rispondere su' suoi propri beni del modo onde amministrare la successione (art. 803, 807, 808 [720, 726, 727]), ne risulta che, anche all'infuori de' due motivi sopradetti, l'accettazione beneficiaria è una cosa grave. E v'ha dunque luogo a deliberazione dal canto del consiglio di famiglia, tuttochè l'accettazione non possa farsi chè sotto beneficio d'inventario.

I. — Si vede, del resto, che mercè la precauzione richiesta dalla legge, questa si contenta per l'accettazione, come pel ripudio, dell'autorizzazione della famiglia, e non domanda l'omologazione del tribunale; si è adunque un gettarsi nello arbitrio il dichiarare questa omologazione necessaria, come fa Delvincourt.

L'accettazione di un legato universale o a titolo universale rendendo colui che accetta

come una specie di erede testamentario, gravato al par dell'erede *ab intestato* dell'obbligazione di pagare i debiti ed i legati privati (art. 1003, 1006, 1011 [926, 932, 965]), quest'accettazione non potrebbe adunque egualmente farsi se non con l'autorizzazione della famiglia.

Vedremo sotto gli art. 1002 e 1017 [928, 971] se sianvi presso noi, come a Roma, veri eredi testamentari; se mai il legatario possa esser tenuto agli oneri al di là della sua parte dello attivo; e se quindi v'abbia luogo o no, ad accettare un legato sotto beneficio d'inventario. Quelli che sono per l'affermativa dovranno esigere quest'accettazione beneficiaria nel caso del nostro articolo.

463 [385]. — Nel caso in cui l'eredità ripudiata in nome del minore, non fosse stata accettata da altri, saranno riammessi ad accettarla, tanto il tutore a ciò autorizzato da una nuova deliberazione del consiglio di famiglia, quanto il minore divenuto maggiore; nello stato però in cui si troverà al tempo dell'accettazione, e senza che si possano impugnare le vendite e gli altri atti che si fossero legalmente fatti nel tempo in cui era vacante.

I. — La disposizione di questo articolo non è punto un favore speciale accordato a minori; ma al bene l'applicazione ad essi fatta del principio generale fermato per ogni erede dallo art. 790 [707]; salvo la differenza risultante, tra i maggiori ed i minori, dal non correre la prescrizione contro questi ultimi (art. 2252 [2158]). Ciò del resto verrà più ampiamente spiegato sotto l'art. 790 [707].

463 [386]. — La donazione fatta al minore non potrà accettarsi dal tutore, che coll'autorizzazione del consiglio di famiglia.

Essa produrrà riguardo al minore, lo stesso effetto che produce riguardo al maggiore.

I. — Una donazione può imporre degli oneri più o meno gravi, delle difficoltà più o meno grandi; posson d'altronde esistere delle ragioni morali di rifiutarla. In conseguenza, la legge non permette al tutore di accettarla se non con l'autorizzazione del consiglio di famiglia. Ma il tutore non è il solo che possa accettare la donazione; gli ascendenti del minore il possono ancora (art. 635 [558]). Da ciò segue che, quando il tutore sarà un ascendente, potrà accettare senz'autorizzazione, non come tutore, ma come ascendente.

464 [387]. — Nessun tutore senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia potrà intentare in giudizio un'azione relativa ai dritti del minore sopra beni stabili, nè aderire ad una dimanda relativa ai medesimi dritti.

I. — Per effetto del principio che non permette l'alienazione degli immobili del minore se non coll'autorizzazione del consiglio di famiglia, la legge non vuole che il tutore, con la sua sola autorità, metta in pericolo i dritti immobiliari del minore, intendendo un'azione ad essi relativa, nè li sacrifichi acquiescendo a questa azione. Da questo divieto di prestare acquiescenza segue, pel tutore, non solo il potere, ma l'obbligazione di respingere le azioni immobiliari dirette contro il minore; salvo, beninteso, se trova che vi sia luogo di prestare acquiescenza, il dovere d'istruirne il consiglio di famiglia per farvisi autorizzare. Se nol facesse vi sarebbe dal canto suo cattiva gestione, e dovrebbe esser condannato ad indennizzare il pupillo delle spese della lite imprudentemente sostenuta.

Se il tutore *intendesse* un'azione immobiliare senz'autorizzazione, l'avversario potrebbe ricusare di rispondere; chè, egli non è validamente citato. Che se questo avversario non usasse del suo dritto, e venisse in giudizio senza reclamo, ecco quali ne sarebbero le conseguenze: Se perdesse, sarebbe legato rispetto al minore; poichè non potrebbe più argomentare da una mancanza di capacità che ha coverta col suo silenzio. Se guadagnasse, il minore non sarebbe legato rispetto a lui, attesochè non era validamente rappresentato. Infatti, ogni sentenza forma un contratto risultante dal consenso dato, o legalmente presunto dato da' due litiganti, di riferirsene alla decisione del giudice. Or questo contratto giudiziario, l'avversario del minore era ben libero di non formarlo; ma dal momento che lo ha formato, questo contratto, nullo in quanto al minore, non lascia di esser valido in quanto a lui (articolo 1125 [1079]).

In rispetto alle azioni mobiliari, il tutore conserverà con tutte le conseguenze la sua qualità di rappresentante del pupillo: egli ha il dritto d'intentarle e di prestarvi acquiescenza.

465 [388]. — La stessa autorizzazione sarà necessaria al tutore per dimandare una divisione; potrà però senza tale autorizzazione rispondere ad una dimanda di divisione diretta contro il minore.

I. — Ogni divisione è un atto di alienazio-

ne. Fincchè dura l'indivisione, ciascun comproprietario ha un dritto che cade su ciascuna delle parti della cosa comune; egli è proprietario per metà o per ogni altra frazione, di ciascuna particella del bene. Nel realizzare la divisione, acquista sulla parte che forma la sua quota la frazione che non gli apparteneva punto, in cambio del rilascio che fa a' suoi comproprietari della frazione che gli apparteneva sulle parti scadute a costoro. La divisione è dunque una permuta, un'alienazione, e quindi, quando si tratta d'immobili, non può farsi senza l'autorizzazione della famiglia, salvo che sia forzosa. Questa sì è la conseguenza dello art. 457 [380].

In quanto a mobili, avrebbe potuto essere altrimenti secondo i principj che conosciamo; ma la legge si discosta qui da questi principj, e senza far distinzione tra gl'immobili ed i mobili, dichiara che senza autorizzazione il tutore può ben rispondere ad una domanda di divisione, ma non mica provocare questa divisione.

466 [389]. — Affinchè la divisione produca, riguardo al minore, gli stessi effetti che produrrebbe riguardo ai maggiori, la divisione dovrà essere giudiziale e preceduta da una stima fatta da periti nominati dal tribunale civile del luogo ove sarà aperta la successione.

I periti, dopo di aver prestato il giuramento avanti il presidente del tribunale, od avanti il giudice da lui delegato, di bene e fedelmente adempire alla divisione de' beni ereditari ed alla formazione delle porzioni che verranno estratte a sorte in presenza o di un membro del tribunale, o di un notaio dal tribunale deputato, il quale ne farà la distribuzione.

Qualunque altra divisione sarà considerata come divisionale.

I. — L'articolo 810 [759], nel titolo delle successioni, ripete secondo il nostro, che le divisioni in cui sono interessati minori non sono che provvisorie, quando le forme protettive dalla legge richieste non sono state osservate. Ma qual è il senso di questa regola? La divisione compiuta senza le formalità richieste è forse unicamente provvisoria e suscettiva di esser sostituita per tutti i co-dividenti, sulla loro domanda, con una nuova divisione; ovvero, soltanto pe' minori?

Da un canto, la redazione del nostro articolo e quella dello art. 810 [759] sembrano

dire che la divisione sia provvisoria sempre ed assolutamente. Ma, dall'altro, i principj del dritto respingono questa dottrina: secondo l'art. 1125 [1079], gli atti compiuti tra due parti, l'una delle quali è capace e l'altra incapace, non sono nulli se non a favore di costei; chè questa e non l'altra la legge ha voluto proteggere. Da ciò seguirebbe che quando una divisione sia fatta, senza le volute forme, tra un maggiore ed un minore, quest'ultimo è libero di mantenerla o di domandarne una nuova; di tal che questa divisione sarebbe a suo piacimento definitiva o provvisoria (1).

Quale di queste idee è vera? Gli art. 466 ed 810 [388, 739] son forse un'eccezione al principio dello art. 1125 [1079]; ovvero bisogna farli piegare a fronte di quest'ultimo, e dire che, malgrado ciò che v'ha di assoluto nella loro redazione, la divisione fatta senza le forme volute sarà o provvisoria o definitiva a scelta del minore?... Noi pensiamo che non si possa adottare nè l'una nè l'altra opinione ne' termini in cui son presentate; che la questione deve risolversi con una distinzione attinta nella natura stessa delle cose, e che gli art. 466 e 1125 [389, 1079] si applicano distributivamente a due ipotesi distinte.

II. — Infatti, due specie di divisioni sono possibili tra comproprietari; 1° la divisione irrevocabile, che cade sulla proprietà medesima, e che fa realmente uscire dall'indivisione; 2° e la divisione temporanea, che cade sul godimento soltanto, ed è destinata a dar indi luogo ad una divisione definitiva. Questa quasi divisione, che lascia realmente la cosa indivisa, non è permessa se non per cinque anni, salvo ad esser indi rinnovata (articolo 815 [734]). — Or, quando i comproprietari vorran fare questa quasi divisione di godimento, il potranno amichevolmente e senza veruna formalità, malgrado la minore età dell'uno di essi; sì è questo un atto di semplice amministrazione a cui il tutore può procedere, anche senz'autorizzazione, poichè nulla si aliena. Questa è la divisione provvisoria di cui parla il nostro art. 466; essa avrà esattamente lo stesso valore e gli stessi effetti pel maggiore e pel minore, ed il primo come il secondo potrà farla cessare con una divisione reale, sia dopo il tempo convenuto, sia in mancanza di convenzione sulla durata, dopo il lasso di cinque anni. — Ma se i comproprietari, di cui l'uno è minore, hanno inteso e voluto fare una divisione reale, definitiva, una divisione di proprietà, ed il tutore vi abbia proceduto senza le forme richieste; allora è chiaro che non vi ha in ciò divisione provvisoria, vi ha una divisione

(1) Nel primo senso: Delvincourt, Duranton (VII-179), Zachariae (I, p. 230); — Contr. Cha-

bot (art. 810, n. 7), Merlin (Repr. v. Part. prov.).

ordinaria, nulla a favore del minore. Questa divisione cade appieno sotto lo art. 1125 [1079], il quale dà allo incapace la scelta di mantenerla o di farla annullare, e ciò per dieci anni a far tempo dalla sua maggioranza (art. 1304 [1258]). — Che se vi ha dubbio sull'intenzione che hanno avuto le parti, come è più probabile che col non seguire le forme volute, queste parti non intendevano dividersi che pel godimento, la presunzione sarà che vi sia stata divisione provvisoria, valida da ambe le parti, in questa qualità di provvisoria. Tale è, secondo noi, il senso degli articoli 466 ed 840 [389, 759], che significherebbero: La divisione fatta senza formalità sarà considerata come provvisoria, sarà presa come provvisoria, salvo prova contraria.

Ma se è comprovato dalle circostanze che si è veramente fatta cader la divisione sulla proprietà medesima, non è più una divisione provvisoria valida, sibbene una divisione definitiva nulla, la cui nullità non può esser coverta se non dal minore, che può a suo talento, secondo l'art. 1125 [1079], dirla semplicemente provvisoria riguardo a lui e domandarne la nullità, o mantenerla come irrevocabile (1).

Del resto, il nostro articolo, in quanto esigea una perizia è stato abrogato dal nuovo art. 970 C. pr. (legge 27 giu. 1841), che lascia la perizia facoltativa pel tribunale.

467 [390]. — Il tutore non potrà transigere in nome del minore, se prima non sia stato autorizzato dal consiglio di famiglia e dal parere di tre giureconsulti indicati dal procuratore dell'impero presso il tribunale civile.

La transazione non sarà valida se non quando sarà stata omologata dal tribunale civile, sentito il procuratore dell'impero.

I. — La transazione è un contratto nel quale le parti mercè reciproche concessioni si liberano da una lite, nata o che possa nascere. Differisce dall'acquiescenza e dal compromesso. L'acquiescenza la quale non può aver luogo se non per una lite già nata, è il consenso dato dal convenuto di soddisfare alle pretensioni dell'attore. Il compromesso è la convenzione onde si rimette a terze persone la decisione della controversia.

L'acquiescenza suppone, da parte del convenuto la ricognizione del dritto del suo avversario e del poco fondamento della propria causa: laddove nella transazione si sacrificano de'dritti che credonsi affatto reali e che possono esserlo; talchè questa è più grave

dell'altra. Epperò, laddove, l'art. 464 [387] permette l'acquiescenza pe' dritti immobiliari con la semplice autorizzazione della famiglia, e quella de' dritti mobiliari senz'autorizzazione veruna, il nostro articolo non permette la transazione anche pe' mobili (giacchè non distingue), se non dopo l'autorizzazione del consiglio, e l'avviso di tre giureconsulti e l'omologazione del tribunale.

Circa al compromesso, questo è un atto più grave ancora della transazione, posciachè vi si lasciano all'arbitrio di terzi de' punti che nella transazione si discutono da sè.

Laonde niun articolo permette al tutore di far compromesso. E infatti l'art. 1989 [1861] dichiara che il potere di transigere dato a un mandatario non implica quello di compromettere. D'altra banda, l'art. 1004 [1080] C. pr. dichiara impossibile il compromesso per tutte le controversie soggette a comunicazione al pubblico ministero; or le cause dei minori sono di tal numero (C. pr. art. 83—6° [177—6°]).

468 [391]. — Il tutore che avrà gravi motivi di disgusto sulla condotta del minore, potrà esporre le sue doglianze al consiglio di famiglia, e, quando sia autorizzato da questo, potrà provocare la reclusione del minore in conformità del prescritto a questo proposito nel titolo della *Patria Potestà*.

I. — Abbiain veduto (art. 450 [373]) che il tutore il quale non sia il superstite de' genitori, non può esercitare il dritto di educazione, se non quando questo superstite sia morto o non abbia più l'esercizio di cotai dritti; sicchè in questo sol caso avrà il tutore il dritto di correzione conferito dal nostro articolo. Si vede del resto che può esercitarlo soltanto coll'autorizzazione del consiglio di famiglia e che può solo provocare l'imprigionamento, cioè agire per via di domanda.

Se la madre superstite e rimaritata fosse stata nominata alla tutela dativa, o anche mantenuta nella sua tutela legittima, più non avrebbe il dritto di correzione a causa del suo secondo matrimonio, che come tutrice (art. 381 [298]), e pertanto le bisognerebbe, per far detenere il figlio, non già il concorso di due congiunti paterni, ma sì l'autorizzazione del consiglio. Che se il tutore fosse il superstite de' genitori, ed avesse ancora questo dritto di correzione come attributo del dritto di patria potestà, è chiaro che non avrebbe uopo dell'autorizzazione del consiglio, e che le sole disposizioni da applicargli sarebbero quelle del titolo della *Patria Potestà*.

(1) *Confr.* Lione, 4 aprile 1810; Lione 16 lug. 1812; Cap. 30 ag. 1815; Colmar 28 not. 1816; A-

gen 42 nov. 1823; Rig. 24 giu. 1839 (Dev. 39, 4. 615).

SEZIONE IX

De' conti della tutela.

469 [392]. — Qualunque tutore, finita la tutela, è tenuto a render conto della sua amministrazione.

I. — Ogni tutore, quale che sia ed in qualunque circostanza possa essere, deve sempre render conto della sua gestione; un amministratore de' beni altrui che non avesse conto da rendere sarebbe una mostruosità, un'assurdità. Quando vengono confidati dei beni da amministrare, colui al quale sono confidati non ne è il padrone, non ha punto il dritto di appropriarseli, di venderli a suo favore; il che potrebbe fare un amministratore non obbligato a dar conto. Gerente e non obbligato a dar conto son due idee incompatibili.

Il tutore dovrebbe dar conto anche quando ne fosse stato dispensato dalla persona che ha donato i beni al minore; la dispensa sarebbe nulla come contraria all'ordine pubblico. Senza dubbio, colui che lascia i beni potrebbe legare al tutore la resta del suo conto, ossia la somma che si troverà dovuta al minore dopo fatto il conto: questa resta gli sarebbe validamente attribuita purchè non oltrepassasse la quota disponibile. Ma non è questa una dispensa dal render conto; poichè precisamente dallo esame e dalla redazione de' conti si conoscerà la resta. Questo legato della resta non potrebbe neppur eseguirsi se non per la parte di cui il tutore si trovasse debitore per effetto delle trascuraggini, delle imprudenze della sua gestione; giammai pe' debiti nati da sua frode. Il testatore, infatti, anche quando lo avesse dichiarato positivamente, non avrebbe potuto esonerarlo anticipatamente dalle indennità dovute per effetto della sua mala fede; una simile clausola sarebbe ancora nulla come contraria a' buoni costumi ed all'ordine pubblico.

470 [393]. — Ad eccezione del padre e della madre, ogni tutore può essere obbligato, anche durante la tutela, a rimettere al surrogato tutore gli stati de' conti di sua amministrazione nelle epoche che il consiglio di famiglia avrà stimato opportuno di fissare, senza però che si possa costringere a dare più d'uno stato per anno.

Questi stati saranno estesi e rimessi senza spese, su carta non bollata senza alcuna formalità di giudizio (1).

(1) L'articolo 393 delle nostre leggi civili non esclude neanche i genitori dal dare il conto della

I. — La famiglia ha l'alta vigilanza sull'amministrazione del tutore; quindi, può sottometter costui, sin dal principio della tutela, alla necessità di presentare al tutore surrogato ciascun anno, o in epoche periodiche più remote, degli stati di situazione che lo mettano in grado di valutare la sua gestione e conoscer sempre la posizione del patrimonio del minore. Con più ragione, o quest'obbligazione generale ed imposta a priori esista o non esista, può la esiger dal tutore, nella tale grave circostanza, uno stato isolato e speciale che lo chiarisca sulla posizione che questa circostanza darà al minore. E poichè la legge non dispensa i genitori se non dall'obbligazione di fornire degli stati periodici, è chiaro che sarebbero tenuti, come ogni altro tutore, a fornire questi stati speciali ed accidentali.

Ci ha pur un caso in cui i genitori potrebbero esser tenuti a fornire gli stati periodici, di cui parla lo articolo. Sarebbe, se essi fossero tutori unicamente per nomina del consiglio di famiglia. Poichè allora non tengono più la tutela dalla legge, ma dal consiglio, quindi è chiaro che questo consiglio, il quale può non nominarli altrimenti, possa bene nominarli sotto tale condizione.

471 [394]. — Il conto definitivo della tutela si renderà a spese del minore, allorchè sarà giunto alla maggiore età, o avrà ottenuta la emancipazione. Le spese si anticiperanno dal tutore.

Si ammetteranno in favore del tutore tutte le spese bastantemente giustificate, il cui oggetto si riconosca vantaggioso.

SOMMARIO

- I. L'articolo non parla de' conti a cui dà luogo un cambiamento di tutore. — A chi è reso il conto ne' diversi casi.
- II. Caso in cui le spese di conto non dell'ufficio possono essere a carico del tutore.
- III. Il conto può scoper esser reso anticipatamente.

I. — Questo articolo, di una redazione troppo stretta ed incompleta, come molti altri del nostro titolo, non parla se non del conto definitivo di tutela, di quello che deve rendersi quando la tutela finisce pel minore; esso non parla se non di quelli a cui dà luogo i cambiamenti di tutori.

La tutela finisce assolutamente per tre cause: 1° per la maggioranza del minore; nel qual caso a lui stesso deve rendersi il conto. 2° per la sua emancipazione; il conto è ancora reso al minore, ma con l'assistenza del suo curatore (art. 480 [403]); 3° per la

tutela, come fa il rispondente articolo 470 del codice Napoleone. (Nota del traduttore)

sua morte; il conto è ricevuto in questo caso dagli eredi.—Quando vi ha soltanto cambiamento di tutore, il conto è ricevuto non dal tutore surrogato, ma dal nuovo tutore, di tal che il conto definitivo che sarà reso dall'ultimo tutore abbraccia l'intera amministrazione della tutela per tutta la sua durata (1).

Ciascun conto intermedio deve, del resto, esser reso in presenza del tutore surrogato; chè il nuovo tutore ha in questa operazione un interesse opposto a quello del minore, poichè gl'importerebbe che lo attivo fosse fissato alla cifra meno elevata possibile. Questo conto sostituisce l'inventario che si fa all'entrata, e serve com'esso di base al conto posteriore, la presenza del tutore surrogato è dunque necessaria per l'uno come per l'altro caso (art. 451 [374]).

II.—Il nostro articolo indica, pel conto definitivo, tre regole, due delle quali si applicheranno sempre a conti cagionati dal semplice cambiamento di tutore, laddove la terza potrà non applicarvisi affatto.—1° Il tutore, sebbene il suo conto debba esser reso a spese del minore, deve sempre anticiparne le spese, attesochè egli detiene attualmente i fondi.—2° Si ammettono nel capitolo delle spese tutte le somme che il tutore giustifica di avere sborsate per un oggetto utile. La legge, del resto, non domanda, e con ragione, che ogni giustificazione di spesa venga fatta con quietanze, con iscrizioni; chè havvi una quantità di spese per cui non si prende mai ricevuta, e che sono tali da esservi anticipatamente la contezza che sono state fatte. Si spetta a colui che riceve il conto, ed al tribunale in caso di contestazione, di vedere se è o no stabilito che la spesa ha avuto luogo. Queste due prime regole si applicheranno in ogni reddizione di conto.—3° Il conto *definitivo* è reso a spese del minore; chè esso ha luogo per una conseguenza forzata dello stato di tutela stabilito per lui solo e nel suo unico interesse. Non sarebbe sempre così nei conti che avran luogo per cambiamenti di tutori. Infatti, quando un tutore è destituito per mala condotta notoria o per gestione infedele, il conto e le spese ch'esso può produrre provengono da un fatto accaduto per colpa di questo tutore; e quindi vi ha luogo a fargli sopportare queste spese (art. 1382 [1386]). La cosa sta altrimenti quando il cambiamento ha luogo per una scusa o per la morte del tutore.

III.—Gli art. 527 a 542 [610 a 625] del Codice di procedura indicano le formalità che debbon seguirsi quando il conto è reso

giudiziarmente. Ma per avventura, nulla nella legge obbliga a ricorrere a queste formalità, ed il conto, anche quando è reso al minore emancipato, può, a differenza della divisione, farsi amichevolmente; soltanto quando le parti non potranno porsi di accordo la reddizione di conto si farà giudiziarmente.

472 [395]. — Qualunque convenzione che potesse seguire fra il tutore ed il minore divenuto maggiore, sarà nulla, se non sarà stata preceduta da un circostanziato rendimento di conti e dalla consegna dei documenti giustificativi, e tutto comprovato da una ricevuta dell'incaricato dell'esame del conto, dieci giorni almeno prima della convenzione.

I.—Quando la tutela finisce per la maggiore età del pupillo, la legge non vuole che questo maggiore inesperto, troppo sollecito forse di sbarazzarsi de' conti che deve ricevere, consenta, senza piena cognizione di causa, verun arresto, veruna transazione, verun trattato relativo a questo conto. Quindi, veruna convenzione può esser su tal oggetto valida se non dopo di aver egli avuto nelle sue mani, per dieci giorni, lo stato indicante le ricevute e le spese, co' documenti in appoggio. È uopo, secondo i termini istessi del nostro articolo, che la consegna del conto e de' documenti sia comprovata da una ricevuta, e questa ricevuta deve precedere di dieci giorni il trattato da intervenire.

Merlin ha scritto (*Supplemento*, v° Tutore) che i trattati onde parla il nostro articolo non sono soltanto quelli relativi alla gestione del tutore ed il cui oggetto, diretto o indiretto, sarebbe di esonerarlo dalla sua responsabilità, ma ogni atto, ogni contratto qualunque. Tre arresti, uno di *Riom*, del 26 agosto 1816; un altro di *Parigi*, del 2 agosto 1811; ed un terzo di *Nîmes*, del 2 giugno 1830, hanno giudicato in questo senso.—Questa dottrina, secondo noi, è completamente erronea. Il posto che occupa il nostro articolo, la serie d'idee in mezzo alla quale si trova, la parola istessa di *convenzione* che la legge non adopera in verun luogo per significare un contratto ordinario, tutto si riunisce per respingere questo sistema. L'art. 2045 [1917] ne presenta d'altronde la confutazione; esso dice che il tutore deve conformarsi al nostro articolo per transigere con l'ex-minore *sul conto della tutela*; potrebbe adunque transigere su di ogni altro oggetto senza seguire la nostra regola. Infine, quando vi fosse dubbio e le due opinioni si pog-

(1) Rig. 25 giugno 1839; Lione, 42 aprile 1818 (Dev., 39, 1, 688; 49, 2, 160).

giassero sopra ragioni eguali, il nostro sentimento prevalerebbe, per questa considerazione, che il nostro articolo è una derogazione a principi, e perchè nel dubbio, fa d'uopo seguire il dritto comune e non l'eccezione (1).

Del resto, è evidente che la nullità pronunziata dal nostro articolo non essendo stabilita che per l'incaricato dell'esame del conto (*oyant compte*) (2), non potrebbe invocarsi che da lui o da' suoi rappresentanti. Durerrebbe dieci anni secondo l'articolo 1304 [1248].

473 [396]. — Se il conto dà luogo a contese, saranno queste promosse e giudicate come le altre in materia civile.

N. B. — Questo articolo fu scritto per rigettare le disposizioni del progetto che stabilivano per questo caso forme speciali (Fenet, t. X, p. 463).

474 [397]. — La somma a cui ammonterà il residuo del debito del tutore, produrrà interesse dal giorno dell'ultimazione del conto, senza che occorra di farne la domanda.

Gli interessi della somma che dal minore fosse dovuta al tutore, non decorreranno se non dal giorno della domanda giudiziale per lo pagamento, fatto dopo l'ultimazione del conto.

N. B. — L'inesperienza dell'ex-minore determina il favore che gli accorda il primo comma di questo articolo, per derogazione alla regola dell'art. 1153 [1107].

475 [398]. — Qualunque azione del minore contro il tutore, relativa alla tutela, si prescrive in dieci anni computabili dal tempo della maggior età.

1. — Le azioni che aver può il minore contro il suo tutore per ragion della costui gestione, per principio non cadono che sotto la prescrizione trentenaria dell'art. 2262 [2168]. Ma la legge, con tutto il desiderio di favorire i minori, non poteva astringere l'ex-tutore a conservare per trent'anni i vari documenti giustificativi, e inoltre la memoria delle diverse circostanze il cui soccorso gli fosse necessario per stabilire i fatti di tutela su' quali potrebbero elevarsi delle contese. Ond'essa ha dovuto derogare al dritto comune su questo punto.

(1) Conf. Delvincourt, Magnin (l. p. 745), Duranton (11-638), Zachariae (l. p. 237); Cassaz., 7 agosto 1810; Nîmes, 15 marzo 1846; Cassaz., 14 decem. 1818; Parigi, 5 gen. 1820; Cassaz., 22 maggio 1822; Cassaz., 46 maggio 1834.

(2) L'*oyant compte*, o semplicemente l'*oyant* è

Ma ei si tratta unicamente delle controverse relative a' fatti della tutela. Sicchè questa prescrizione eccezionale di dieci anni non s'applicherebbe all'azione con cui il già minore sperimentasse il pagamento della resta. Infatti non immediatamente per un fatto della tutela dee questa resta il già tutore, sibbene in virtù dell'assodamento del conto che ha formato un nuovo contratto. Non avrebbe uopo l'ex-tutore, per respinger costea azione di aver conservato i documenti giustificativi delle sue spese e di rammentarsi le circostanze della sua gestione, i soli documenti che gli faccian bisogno allora sono l'approvazione del conto, la sua quietanza.

Così pur sarebbe delle domande formate dal già minore per errori o per doppio impiego nell'approvazione del conto; perocchè ancor qui, per rovesciar le pretese contro di lui elevate il già tutore non ha mestieri di risalire al di là di quell'approvazione. In questi vari casi, non ci avrebbe luogo che la prescrizione di trent'anni.

Sarebbe altrimenti, e la prescrizione decennale, eccezionalmente consacrata dal nostro articolo, potrebbe invocarsi dal già tutore, se gli s'imputassero delle falsità nel suo conto o delle omissioni d'introiti, stantechè allora si rientrerebbe in una discussione sopra fatti della tutela.

In quanto all'azione del già tutore contro l'ex-minore per ciò che questi potesse dovere al primo, non v'era ragione di sottrarla al dritto comune, epperò con trent'anni la si prescriverebbe.

CAPITOLO III.

DELL'EMANCIPAZIONE.

Tutti sanno che la parola *emancipazione* ci vien da' Romani. L'emancipazione era a Roma l'atto onde il *pater-familias* infrangeva la sua potestà sul figliuolo, pubere o impubere, mediante una o più emancipazioni; or la *manipatio* era la vendita fatta giusta le regole del dritto civile. L'emancipazione era dunque propriamente l'abbandono del dritto di proprietà del padre sul figlio, quale che fosse la costui età. Del resto l'emancipazione non toglieva il figlio alla potestà del suo capo di famiglia, che facendolo uscir di quella famiglia e rendendolo legalmente estraneo a quella.

colui che *oit* (*is qui audit*), quegli che riceve il conto. A riscontro di questa espressione la legge usa sostantivamente altresì quella di *réndant*, per indicar colui che rende, che presenta il conto (C. pr. art. 529, 532 [612 615]).

In quanto alla tutela, l'emancipazione non poteva mai avere per effetto di farla cessare, al contrario la faceva nascere, quando il figlio era impubere. Difatti lo rendea *sui juris*; or *sui juris* ed impubere era il *pupillus*.

Sappiamo già che presso di noi l'emancipazione fa cessare e la patria potestà e la potestà tutelare, sia che il figlio si trovi sottoposto all'una o all'altra soltanto, sia che entrambe esistano ad un tempo (art. 372 405 [288, 326], ec.).

Ci faremo a vedere in questo capitolo — 1° Quando e come ha luogo l'emancipazione (art. 476 a 479 [399 a 402]); — 2° quali sono i suoi effetti (art. 480 a 484 e 487 [403 a 407 e 410]); — 3° quando e come può esser revocata (art. 485 e 486 [408 e 409]).

476 [399]. — Il minore è *ipso jure* emancipato col matrimonio.

N. B. — L'emancipazione è formale o tacita. La formale è quella che ha luogo per dichiarazione espressa, conformemente agli articoli seguenti; la tacita è quella di cui parla il nostro articolo, la quale risulta, nel caso di matrimonio del minore, dal consenso non espresso delle persone da cui egli dipende.

477 [400]. — Il minore, ancorchè non maritato, potrà essere emancipato dal padre, od in mancanza di questi, dalla madre, quando avrà compiuto l'età di anni quindici.

Questa emancipazione si effettuerà mediante la sola dichiarazione del padre o della madre, ricevuta dal giudice di pace assistito dal di lui cancelliere.

SOMMARIO

I. La parola *ancorchè* non ha significato. — L'emancipazione tacita è pur tacita della formale. — *Potestà*.

II. Significato delle parole in mancanza del padre. L'emancipazione è potestà o genitori (anche naturali) nella loro sola qualità.

I. — La congiunzione *ancorchè* non ha significato nel nostro primo comma, essendo assurdo dire che l'emancipazione espressa sia possibile anche pel minore non maritato, quando per lui solo è possibile.

Il dritto di emancipare il figlio è un attributo della patria potestà; onde appartiene a genitori, e solo in mancanza dell'uno e dell'altro la legge l'accorda al consiglio di famiglia (art. 478 [401]). In quanto agli ascendenti o alle ascendenti al di là de' genitori, non han mai, in questa sola qualità, il dritto di emancipazione espressa; ma hanno la facoltà di emancipare tacitamente, poichè possono, in difetto de' genitori, consentir essi al matrimonio del minore. — Di qui segue che, nel caso di mancanza de' genitori, il be-

Marcadé T. I.

nefizio dell'emancipazione può emanare pel minore da due fonti diverse: 1° dal consiglio di famiglia che può emanciparlo formalmente senza consultare gli ascendenti; 2. dall'ascendente più prossimo, il quale può consentire al suo matrimonio e procurare indirettamente l'emancipazione senza l'assenso del consiglio di famiglia. Questo dritto d'emancipazione tacita ed indiretta accordato agli ascendenti, che pure non han mai il dritto di emancipazione formale, dipende, come è ben chiaro, da ciò, che lo stato di matrimonio esige una certa indipendenza che lo rende incompatibile col mantenimento della patria potestà o della tutela. In favor del matrimonio ha dovuto il legislatore ammettere l'emancipazione che lo accompagna, in circostanze in cui non permetterebbe l'emancipazione diretta: così una fanciulla di quattordici anni che va a marito con dispensa di età si troverà emancipata, comunque l'emancipazione diretta non sia mai possibile prima de' quindici anni.

II. — Il dritto d'emancipare mercede dichiarazione formale appartiene innanzi tratto al padre, indi, in mancanza di lui, alla madre. Ma che s'ha egli da intendere con le parole dell'articolo in mancanza del padre? Forse soltanto il caso della sua morte?... Mai no; altre cause oltre la morte del padre fan passare nella madre il dritto di emancipazione formale. Così la dichiarazione d'assenza facendo nascere una presunzione di morte e permettendo tutto ciò, che permetterebbe la morte dell'assente (tranne solo quel che concerne il suo matrimonio), ne segue che quando la sarà stata pronunziata pel padre, la madre potrà dichiarare l'emancipazione. Lo stesso sarà quando il padre sarà decaduto dal suo dritto di patria potestà, giacchè allora sarà detto con verità che il padre più non esiste in quanto concerne questo dritto e tutte le sue conseguenze. Ma quid se questo padre fosse soltanto assente presunto, ovvero interdetto?... Noi non pensiamo che la madre possa allora, assolutamente, far la dichiarazione d'emancipazione. Ben può in questo caso consentire al matrimonio del figlio, e così dar luogo indirettamente all'emancipazione; ma non è già questo un motivo di decisione, stantechè gli ascendenti superiori, che possono sovente consentire al matrimonio, mai non possono però dar l'emancipazione formale. È vero altresì che in questo caso la madre sola ha l'esercizio della patria potestà, ed anche (almeno secondo noi) il godimento legale dei beni de' figli (art. 381 n. II); ma questa presunzione d'assenza o questa interdizione possono cessare e il dritto di godimento ritornare al padre; ora non veggiam noi con qual

drutto potrebbe la madre mediante l'emancipazione annullare il diritto d'usufrutto legale a cui il padre può esser chiamato. Pensiamo adunque che nel caso d'interdizione o di assenza presunta del padre, non potrebbe la madre emancipare il figlio se non a diciotto anni, perocchè allora è estinto l'usufrutto legale.

Perlocchè le parole *in mancanza di padre* significano secondo noi, 1° quando il padre sia morto; 2° quando sia dichiarato assente; 3° quando sia decaduto dalla patria potestà (sotto la condizione che il figlio abbia diciotto anni) 4° quando il padre sia presunto assente; 5° quando sia interdetto.

Del resto, poco monta che il padre, dopo la morte della madre, o costei dopo la morte del primo, abbia o no la tutela del figlio; ciò che è indispensabile si è che l'autore abbia l'esercizio della patria potestà; di cui è conseguenza per lui il dritto d'emancipazione. Laonde, quand'anche il superstita de' genitori fosse scusato e persino escluso o destituito dalla tutela, a lui ed a lui solo appartiene il dritto d'emancipazione, fintanto che non avvii decadenza dalla patria potestà.

Noi sappiamo che i tribunali possono modificare nelle mani del padre o della madre il dritto di patria potestà. Il padre o la madre potrebbero adunque, anche durante il matrimonio, esser privati per sentenza giudiziaria del dritto di emancipazione per gravi cagioni. Delvincourt insegna che la madre, col solo rimaritarsi e quand'anche venga mantenuta nella sua tutela legittima, perda il suo dritto di patria potestà e per conseguenza cziandio il suo dritto di emancipazione. Questo ci sembra un errore: poichè la madre col suo nuovo matrimonio perde l'usufrutto legale (art. 386 [300]), ed ancora il dritto di far detenere il figlio (art. 381 [208]); ma niun testo di legge le toglie il dritto d'educazione da cui deriva il dritto d'emancipazione. La nostra dottrina è ammessa generalmente (1).

Il dritto di emancipazione appartiene egualmente a' genitori naturali legalmente conosciuti. Dappoichè esso non già dal dritto di amministrazione de' beni, nè dal dritto d'usufrutto legale deriva, ma sibbene dal

dritto d'educazione; or quest'ultimo appartiene agli autori naturali come agli autori legittimi (Arr. conf. Limoges 2 gen. 1821).

478 [401]. — Il minore rimasto senza padre e madre, se il consiglio di famiglia lo giudica capace, potrà essere pure emancipato, ma soltanto dopo che avrà compiuti gli anni diciotto.

In questo caso l'emancipazione risulterà dall'atto di deliberazione che l'avrà autorizzata, e dalla dichiarazione che il giudice di pace nella qualità di presidente del consiglio di famiglia avrà fatto nell'atto stesso che il minore è emancipato (2).

479 [402]. — Allorchè il tutore non avrà fatto alcuna istanza per la emancipazione del minore di cui si è parlato nel precedente articolo, e che uno o più parenti od affini di questo minore, ne' gradi di cugini germani o più prossimi lo stimeranno capace di essere emancipato, potranno questi domandare al giudice di pace la convocazione del consiglio di famiglia per deliberare su tale oggetto.

Il giudice di pace dovrà deferire a questa domanda.

I. — Non solamente quando i genitori sono entrambi morti (come sembra dire l'articolo 478 [401]), passa il dritto di emancipare nel consiglio di famiglia; ma eziandio 2° quando tutti e due essi son dichiarati assenti; 3° quando l'uno è dichiarato assente e l'altro è defunto; 4° quando essendo l'uno morto o dichiarato assente, l'altro è decaduto dalla patria potestà o presunto assente o interdetto. Tutto ciò risulta dalle spiegazioni date sotto l'art. 477 [400]. Noi riconosciamo assolutamente nel consiglio di famiglia il dritto di emancipare, tosto che uno de' genitori sia defunto o dichiarato assente, e l'altro solo presunto assente o interdetto. Infatti non v'è luogo a ripetere qui la condizione che abbiamo richiesta per dare questo dritto alla madre in mancanza del padre, cioè che il figlio abbia diciotto anni; dappoichè a quest'età soltanto può emancipare il consiglio di famiglia.

(1) Toullier (II-1287). Proudhon (II, p. 252); Magnin (I-747). Duranton (III, 656); Colmar, 17 giugno 1807; Bordeaux 14 luglio 1838 (Dev., 39, 2, 73).

(2) Gli art. 3 e 5 del decreto de' 7 aprile 1828 per l'emancipazione de' proietti e de' minori ammessi negli ospizi, prescrivevano quanto appresso: « Art. 3. Le commissioni amministrative eserciteranno, relativamente all'emancipazione dei minori che sono sotto la loro tutela, gli stessi dritti attribuiti dalle leggi civili a' padri ed

a' alle madri. L'emancipazione si farà, dietro n'avviso de' membri della commissione amministrativa, da quello che tra essi si trova designato per tutore, il quale solo sarà tenuto di comparire a tal effetto innanzi al giudice di circondario.

» Art. 4. — Qualunque atto relativo alla tutela e alla emancipazione de' minori suddetti, è considerato come un atto amministrativo, ed è esente da ogni formalità o spesa » (Nota del traduttore).

Ma, se niuno de' due autori sia morto nè dichiarato assente, quand'anche fossero amenable in presunzione d'assenza o interdetti o privati della patria potestà, non vi sarebbe luogo ad emancipazione da parte del consiglio di famiglia, attesochè non v'è peranco apertura della tutela nè quindi ci ha consiglio di famiglia. E quel che prova come la legge intende che il consiglio di famiglia non emancipi se non quando vi sia tutela, si è che il nostro art. 479 [402] suppone che dovrà prima di ogni altro, il tutore occuparsi di far adunare per quest'oggetto il consiglio.

Il. Se il tutore non agisce, qualunque parente del minore fino al grado di cugino germano inclusivo, può richiedere dal giudice di pace la convocazione del consiglio.

Del resto, ci ci sembra fuori dubbio che, ove parenti di questo grado non esistessero, ovvero quelli che vi fossero restassero indifferenti per ciò che concerne il minore, altri parenti, o anche amici, o infine il minore medesimo potrebbero, non già *richiedere*, ma *pregare* il giudice di pace di convocare d'ufficio il consiglio. Iuvano ci dice il Duranton che, se i parenti del grado voluto dalla legge non richiedono la convocazione, lo è perchè sanno che il minore non è degno dell'emancipazione, o perchè sono indifferenti all'interesse di lui, nel qual caso non è bene, ci dice, che sia a parenti sì noncuranti sottomessa la questione d'emancipazione; e che in tutti i casi il nostro sistema farebbe svanire le garantite richieste dalla legge (III, n. 661, 662).

Di tutto ciò non ci diamo gran pensiero. Primamente può darsi che non esista verun parente del grado voluto, e che, essendovene, non abbia alcun rapporto col minore, perchè dimori assai lungi, e che il consiglio sia composto di soli amici, o di parenti d'un grado più lontano di quello di cugino germano. Indi può darsi benissimo che parenti, i quali non pensano a far emancipare il minore, arrechino tuttavia alcuna cura alla deliberazione relativa a tal obbietto. Che monta infine da chi e come sarà domandata la convocazione del consiglio? Questo consiglio non godrà forse sempre della sua piena libertà per ammettere o rigettare l'emancipazione? E quando si vede che un cugino, anche estraneo al consiglio, può *astringere* il giudice di pace a convocar questo consiglio, come ricusare al magistrato che ne è presidente il dritto di convocarlo d'ufficio sulla preghiera del tale o del tal altro? Non si vede ch'ei si rifiuterà quando il minore ne sarà indegno? e che in ogni caso potrà il consiglio rigettare la proposizione...?

Passiamo ora agli effetti dell'emancipazione.

480 [403]. — Il conto della tutela sarà renduto al minore emancipato, assistito da un curatore che verrà nominato dal consiglio di famiglia.

SOMMARIO

I. Posizione del minore emancipato. — Il tutore è per lui surrogato da un curatore. In che differisce questo dal primo.
II. E sempre datino il curatore?

I. — L'emancipazione pone il minore in uno stato intermedio tra quello del minore ordinario e quello del maggiore. Il minore emancipato acquista, non assolutamente, ma fino a un certo punto, il governo della sua persona e la direzione de' suoi affari: è quindi liberato dalla potestà paterna e dalla tutelare; può eleggersi un domicilio proprio (art. 108 [113]); e riceve egli il suo conto di tutela.

Non assolutamente, diciamo: epperò anche indifetto d'ascendenti, egli non potrebbe maritarsi senza la venia del consiglio (articolo 160 [174]). Del pari, in quanto alla direzione de' suoi affari non può egli far da sè solo, che gli atti di mera amministrazione: quelli d'un'importanza maggiore non gli son permessi, se non con l'assistenza d'un curatore; del quale vien provveduto dal primordio dell'emancipazione e che gli rimane fino alla maggioranza. Questo curatore, a differenza del tutore, non rappresenta il minore; l'assiste soltanto. Il tutore agisce, da lui o contro di lui sono intentate le azioni; il curatore al contrario illumina ed aiuta il minore che da sè agisce. Il tutore funziona sempre, *negotia ipse gerendo*; il curatore mai non funziona se non *ouctoritatem interponendo*.

Laonde il curatore, posta la minore importanza di sue funzioni, non è accompagnato da un secondo funzionario incaricato di essergli di controllo e di surrogarlo in caso d'opposizione d'interessi. Se cotesta opposizione d'interessi fra il minore ed il curatore si presentasse, sarebbe da nominare un tutore *ad hoc* per la circostanza.

Diciamo che il curatore resta al minore fino alla di costui maggioranza, invece d'esserne nominato uno ogni volta che si porge da fare un atto importante; infatti laddove il nostro articolo dice che questo minore, per ricevere il suo conto di tutela, dovrà esser « assistito da un curatore che gli sarà nominato ecc. »; l'art. 482 [405] ci parlerà di atti susseguenti ch'ei non può fare « senza l'assistenza del suo curatore ».

Ciò non vuol dire però, che il minore emancipato debba aver sempre il medesimo curatore; bisogna che abbia sempre un curatore; ma questo può bene esser cambiato dal consiglio di famiglia, sia quando il curatore reale è scusato o destituito, sia quan-

do il consiglio trova più conveniente a' suoi interessi di dargliene un altro (1).

Dagli art. 34 e 42 C. pen. vuolsi conchiudere che le cause d'esclusione, di destituzione e d'incapacità siano le stesse pe' curatori che pe' tutori. Ma per le cause di scusa, niun testo permette l'assimilazione, e convien lasciarle alla discrezione de' consigli di famiglia e de' tribunali.

II. — È un punto assai delicato, attesa la mancanza di testi, quello di sapere se il curatore d' un minore emancipato sia sempre dativo e nominato dal consiglio di famiglia, ovvero non v'abbia luogo in certi casi ad una cura legittima e che s'attua di pieno dritto.

Attenendosi al nostro articolo, si direbbe che il curatore sia sempre nominato dal consiglio; ma questa teorica non ci par punto ammissibile. E in prima, è egli ben certo che questo articolo intenda far parola di tutti i casi d'emancipazione? non si dee piuttosto credere che si lega a due articoli precedenti e non prevede, come questi, che l'emancipazione accordata ad un minore in tutela?

A proposito del conto di tutela ci parla il nostro articolo di nomina di curatore; ma quando il padre o la madre emancipano, durante il lor matrimonio, il figliuolo, non v'è conto di tutela da rendere; talchè l'autorità del nostro articolo già ci vien meno pe' suoi termini medesimi. D'altra banda sappiamo, il consiglio di famiglia non esistere durante il matrimonio; poichè con la tutela ha principio, giusta gli art. 405 e 421 [326, 343], le cui disposizioni sono del resto conformi alla dichiarazione del Tribunato. Onde la combinazione de' tre art. 405, 421 e 480 [326, 343 e 403] restringe già la cura dativa al caso in cui il figlio era in tutela prima dell'emancipazione. E di fermo fintanto che dura il matrimonio, come mai si vedrebbe il padre (e in mancanza di lui la madre) che esercita, senz'alcun controllo della famiglia, la gestione de' beni del figlio, si vedrebbe, diciamo, togliere, mercè un'emancipazione che dalla sua volontà procede, finalmente il dritto d'assistere questo figlio come curatore! come mai il consiglio, che non esiste peranco e che non ha ingerenza nella emancipazione, si troverebbe uscito come di sotterra ad un tratto, riunito non si sa da chi, nè in quei modi, e investito del dritto di controllare il padre da curatore, anzi di non dargli tampoco la cura!... Noi pensiamo che ogni qual volta il figlio sarà emancipato durante il matrimonio de' suoi genitori, sarà suo curatore legittimo l'autore che lo emancipa.

(1) Spesso accadrà che il consiglio nominerà un primo curatore per ricever il conto di tutela, e compiuta l'operazione gli sostituirà l'antico tutore del minore.

Delvincourt va molto più in là di noi; vuole che la cura sia legittima a somiglianza della tutela, per tutti gli ascendenti del figlio, senza distinguere se l'emancipazione abbia luogo durante il matrimonio o quando già sussiste la tutela; non eccettua neppure il caso in cui il minore posto sotto la tutela d'un ascendente, dopo morti i genitori, fosse emancipato dal consiglio di famiglia... Egli è evidentemente un andar troppo oltre il concetto della legge e violare un testo positivo. Noi non possiamo sfuggire dal nostro articolo, il quale vuole che quando v'è luogo a conto di tutela, il curatore sia nominato dalla famiglia.

Il caso di cura legittima per noi indicato non è tuttavia il solo; avvi ancora una congiuntura in cui la ragione imperiosamente la esige, e per la quale la legge implicitamente la consacra: ed è per la donna tacitamente emancipata col matrimonio. Che questo matrimonio (e quindi l'emancipazione) sia permesso da genitori, o da altri ascendenti in mancanza di quelli, o dal consiglio di famiglia in difetto d'ascendenti, è chiaro che sempre il marito (purchè maggiore) esser debba il curatore della moglie; non permettendo le convenienze e il buon costume che questo titolo ad altri appartenga; e cotesta cura legale del marito maggiore sulla moglie è difatti consacrata dall'articolo 2208 [2109] (V. art. 224, n° III) (2).

N. B. — Durante l'emancipazione, la competenza del giudice di pace, epperò la sede e la composizione del consiglio di famiglia seguirebbono, a parer nostro, il domicilio del minore, finchè non vi fosse stata nomina di curatore: nominato poi dal consiglio un curatore, la sede di esso consiglio di famiglia rimaner debbe invariabile. Così bisogna decidere per analogia della tutela.

404 [404]. — Il minore emancipato potrà affittare i suoi beni per un tempo non maggiore di anni nove; esigere le sue rendite, farne quietanza, e far tutti quegli atti i quali non sono che di semplice amministrazione, senza che possa essere restituito in intero contro questi atti in tutti quei casi ne quali neppure il maggiore lo potrebbe essere.

I. — La capacità del minore emancipato varia secondo l'importanza degli atti, che, per rapporto a lui, si dividono in cinque classi; due per gli atti di semplice ammini-

(2) Conf. Pigeau (I, p. 98); Delvincourt, Duranton (III-678); Pau, 11 marzo 1811.

strazione, e tre per gli atti più importanti.

1° Egli può, per principio, far da sé solo e con la stessa capacità di un maggiore, tutti gli atti di amministrazione (testo del nostro art. 481 [404]).

2° Però sonovi certi atti di amministrazione per cui la legge autorizza, sotto certe condizioni, la riduzione delle obbligazioni da lui assunte (art. 484 [407], com. 2°).

Gli atti che oltrepassano i limiti di una semplice amministrazione si dividono in tre categorie.

3° Per alcuni di questi atti, l'assistenza del curatore è necessaria ed è bastevole al minore emancipato (art. 480, 482, 810, 935 [403, 405, 759, 859] ed art. 2 della legge del 24 marzo 1806).

4° Ce ne ha taluni per cui il minore, oltre l'assistenza del curatore, deve ottenere l'autorizzazione della famiglia ed adempiere le altre formalità volute nel caso di tutela (art. 483 e 484 [406 e 407], com. 1°).

5° Infine, sonvene alcuni per cui l'emancipazione non produce veruna specie d'effetto, e lascia identicamente il minore nella stessa posizione. Tutto ciò, del resto, non è relativo che alle materie civili. Vedremo più innanzi (art. 487 [410]) che quando il minore emancipato è autorizzato a fare il commercio, ha per gli atti di questo commercio la stessa capacità di un maggiore.

II. — Ed in prima, il minore emancipato può, secondo il nostro articolo, far da sé solo tutti gli atti di semplice amministrazione. Così, egli può, senza veruna assistenza né formalità, dare i suoi beni in locazione (ma per nove anni al più); ricevere le sue rendite e farne quietanza; vendere e permutare le sue raccolte ed i prodotti qualchessieno della sua industria o del suo lavoro; impiegare i suoi capitali ad interesse od in compra di rendite o d'immobili; prendere de' beni a fitto, de' domestici salariati; locare l'opera sua stessa come domestico; disporre a titolo oneroso i suoi immobili; intentare azioni relativamente a tutti i suoi dritti mobiliari, ecc., ecc.

Per tutti questi atti, l'emancipato è messo (in generale e salvo l'eccezione dell'articolo 484, com. 2°, che fa nascere la seconda categoria indicata di sopra) sulla stessa linea de' maggiori: in guisa che non potrebbe far annullare i suoi atti se non per errore, per violenza o dolo (art. 1109, 1117, 1304 [1063, 1071, 1258]); ma non per semplice lesione, come il potrebbe il minore emancipato. Infatti, l'art. 1305 [1259] dichiara che la lesione fa rescindere ogni sorta di convenzioni pel minore non emancipato, e pel minore emancipato quelle soltanto che eccedono i limiti della sua capacità.

482 [405]. — Non potrà istituire un'azione sopra beni stabili, nè difendersi contro di essa, nè ricevere capitali, nè farne quietanza, senza l'assistenza del suo curatore, il quale in quest'ultimo caso, invigilerà per l'impiego del capitale ricevuto.

I. — Questo articolo parla di un capitale mobiliare; ma è chiaro che non ce ne sono immobiliari, poichè un capitale è una somma di danaro. L'abitudine di aggiungere l'epiteto *mobiliare* alla parola *capitale* è venuta da questo, che un tempo distinguevansi i capitali rimasti esigibili (che erano, beninteso, mobiliari) da' capitali non esigibili o dalle rendite costituite a prezzo di danaro, che eran reputati immobili in quasi tutte le consuetudini.

Il nostro articolo, combinato con parecchi altri, ci presenta gli atti che formano la terza delle cinque categorie indicate di sopra.

Pertanto, l'assistenza del curatore è necessaria (e bastevole ancora) al minore emancipato, 1° per ricevere e fermare il suo conto di tutela (art. 480 [403]); 2° per intentar azioni in materia mobiliare (art. 482 [405]); 3° per ricevere un capitale (da qualunque fonte esso provenga ed ancorchè sia composto delle sue economie), e per farne quietanza (ibid.); 4° per dividere una successione (art. 810 [759]); 5° per accettare una donazione (art. 935 [859]); 6° infine, per trasferire le iscrizioni di rendita sullo Stato, di 50 franchi o al di sotto (L. 24 marzo 1806, art. 2).

L'assistenza è richiesta anche per la divisione di una successione puramente mobiliare; poichè l'art. 840 [759] non fa distinzione, e le fortune mobiliari sono oggi troppo considerevoli e troppo frequenti, perchè si attribuisca ad un oblio del legislatore il mancato di distribuzione. E vero che il nostro articolo 482 [405] permette al minore emancipato, per *a contrario*, d'intentare azioni senza il suo curatore in materia mobiliare; ma allora, almeno, sarà protetto dalla prudenza de' giudici e dal pubblico ministero. Laonde vediamo che il nostro articolo medesimo esige l'assistenza per ricevere i capitali, sebbene sieno mobiliari.

Quando si tratta di ricevere un capitale, il curatore non è soltanto tenuto ad assistere il minore all'epoca del pagamento, deve ancora vigilare l'impiego che costui farà del danaro ricevuto. Per conseguenza, sarebbe responsabile del cattivo impiego imputabile alla sua negligenza. E non soltanto in questo caso d'impiego di un capitale, risponderebbe egli del danno cagionato dalla sua negligenza, ma sibbene in tutti i casi in cui la sua assistenza è richiesta. Questa decisione non può mica esser dubbia a fronte dello

art. 1383 [1136], il quale consacra questo principio di equità che « ciascuno è responsabile del danno che ha cagionato con la sua trascuraggine o con la sua imprudenza. » Importerebbe poco, del resto, che la colpa, a lui rimproverata, consistesse nell'aver prestata la sua assistenza quando avrebbe dovuto ricusarla, o nell'averla ricusata quando avrebbe dovuto darla. — Toullier commette adunque un errore, secondo noi, quando dichiara non esistere veruna responsabilità pel curatore (t. II, n° 1297) (1).

443 [406]. — Il minore emancipato non potrà prendere a mutuo, sotto verun pretesto, senza la deliberazione del consiglio di famiglia omologata dal tribunale civile, e sentito il procuratore dell'impero.

444 [407]. — Non potrà parimente nè vendere, nè alienare in alcun modo i suoi beni immobili, nè fare alcun atto, tranne quello di pura amministrazione senza osservare le forme prescritte per lo minore emancipato.

Le obbligazioni che egli avesse contratte per effetto di compra, o altrimenti, saranno soggette a riduzione nel caso che sieno eccedenti (2). I tribunali su questo oggetto

prenderanno in considerazione le sostanze del minore, la buona o la mala fede delle persone che avranno seco lui contrattato, l'utilità o l'inutilità delle spese.

SOMMARIO

I. Quarta categoria. — Essa comprende ogni specie di prestiti: ma non l'istituto d'interesse l'ipoteca immobiliare, e di proteggere la divisione. Osservare con Toullier e Delvincourt. — Compendio ancora ogni contratto d'ipoteca. Ecce di Toullier (s. consuetudine di Duvignot), di Dantoni e di Zachariae.

II. Spiegazione della seconda o quinta categoria.

III. Osservare con Demasie, che amputa sei categorie di essi.

I. — Il primo di questi articoli ed il primo comune del secondo, ci presentano gli atti della quarta categoria, quelli per cui l'emancipato deve adempiere le stesse formalità che il tutore del minore non emancipato. Gli autori non son tutti di accordo sulla estensione di questa classe di atti.

Epperò, malgrado i termini dell'art. 483 [406], alcuni non vogliono allargare in questa classe i prestiti che non oltrepassino un anno di rendita; vogliono che tali prestiti sieno validi senza l'autorizzazione del consiglio. Ma questa dottrina è generalmente respinta e con ragione. Infatti, prestiti considerevoli e che oltrepassino la cifra delle rendite non avrebbero potuto, evidentemente, riguardarsi

(1) Per la materia in esame il decreto del 4° febbraio 1845 dispose quanto siegue: « Art. — 1. I capitali appartenenti a minori, agli interdetti o ad altre persone soggette ai tutori, agli amministratori, ai curatori, ai consulenti saranno pagati col vincolo del riimpiego.

» La omissione di questa condizione del pagamento non iscoglierà il debitore, il quale sarà tenuto pagare nuovamente il debito.

» Nondimeno se il pagamento de' capitali facciasse agli eredi del creditore senza indicarne i nomi, la condizione del riimpiego s'intenderà sottintesa per que' tra gli eredi che godono del diritto de' minori.

» 2. — I tutori surrogati, gli amministratori, i curatori, i consulenti, rispettivamente saranno responsabili della sicurezza dell'impiego di capitali della persona contemplata nell'articolo primo.

» Quando il consiglio di famiglia proponga che tali capitali sieno investiti in uso diverso dall'impiego, la deliberazione motivata dal consiglio di famiglia sarà omologata dal tribunale della provincia, udito il pubblico ministero.

» Per coloro che sono sotto l'amministrazione del padre basterà l'approvazione del tribunale, udito il pubblico ministero, per la inversione de' capitali.

» 3. — Gli agenti del pubblico ministero saranno non esame della utilità delle condizioni dell'impiego. I tribunali provvederanno sulla requisitoria motivata del pubblico ministero come di ragione.

» 4. — Le disposizioni de' precedenti articoli saranno applicabili ancora ai capitali delle par-

» titi di rendita iscritta nel gran libro di proprietà de' minori e degli interdetti, o di altri di sopra contemplati, le quali avvenga di rimborso o di alienarsi. Gli agenti di cambio saranno non responsabili del capitale, sotto la condizione del riimpiego.

» 5. — I capitali costituiti in dote di cui si sia convenuto nel contratto di nozze che passino in proprietà del marito, saranno soggetti alle disposizioni del presente decreto concernenti il vincolo del riimpiego, ed i modi come provvedere alla sicurezza dell'impiego. Dovrà costare nondimeno di essersi fatto noto a' debitori dei capitali la costituzione del capitale in fondo dotale.

» 6. — Allorchè la restituzione de' capitali cui è stato provveduto nel presente decreto, si faccia ne' giudizi di graduazione o di contributo, i giudici delegati per queste procedure ed i cancellieri avranno l'obbligo di esprimere la condizione del riimpiego, secondo le regole di sopra espresse, così nella nota di distribuzione, come nel mandato di pagamento rispettivamente sotto pena de' danni ed interessi.

» 7. — Le somme depositate in banco, o nelle casse pubbliche sotto la condizione del riimpiego, non si pagheranno se non in vista di ordinanza del tribunale civile della provincia ove trovansi la cassa che deve farne il pagamento, udito il pubblico ministero.

» L'ordinanza sarà scritta in continuazione della deliberazione del tribunale. (Nota del trad.)

(2) L'articolo 407 delle nostre leggi civili oltre della parola *eccedenti* usata nel rispondente articolo 481 del Codice Napoleone, contiene l'altra di *dannose*. (Nota del traduttore).

da nuno come atti di pura amministrazione, e quindi i redattori non si sarebbero data la pena di scrivere l'art. 483 [406], unicamente per vietare tali prestiti. Adunque questo articolo intende proscrivere ogni specie di prestiti. D'altronde, l'istorico della redazione della legge non lascia dubbio su questo punto, poichè l'articolo del progetto permetteva al minore di torre a prestito *fino alla concorrenza di un'annata di rendita*, e questo articolo è stato sostituito dal nostro, su questa osservazione di Cambacérès, che il minore non doveva mai torre a prestito senza l'autorizzazione della famiglia (Fenet, t. X, p. 565, 594).

Per contrario, altri giureconsulti, specialmente Delvincourt, vogliono far rientrare in questa categoria atti che la legge non ha voluto porvi, e ciò, prendendo in un senso assoluto questa frase del comma del nostro articolo 484 [407]: « L'emancipato non potrà » fare verun atto diverso da quelli di pura » amministrazione senza osservare le forme » prescritte al minore non emancipato. » Pertanto vogliono che dalla combinazione di questa disposizione con l'art. 464 [387], l'emancipato non possa intentare un'azione immobiliare se non con l'autorizzazione della famiglia, nonostante l'art. 482 [405], che esige solo l'assistenza del curatore. Ma non è questo un errore certo? Egli è evidente che la disposizione *generale* del nostro comma non istà scritta e non può intendersi se non salvo la restrizione che vi arrecano le disposizioni *speciali* degli altri articoli. Così, toccò l'autorizzazione della famiglia sia necessaria al minore emancipato per provocare una divisione secondo l'art. 465 [388], e quindi sarebbe necessaria ancora all'emancipato secondo la frase generale del nostro comma; non pertanto non sarà mica così, dichiarando positivamente l'art. 480 [403] bastargli l'assistenza del curatore. Così pure, sebbene la donazione fatta al minore non emancipato non possa essere accettata se non con l'autorizzazione della famiglia (art. 463 [386]), quella fatta all'emancipato potrà esserlo con la semplice assistenza del curatore, secondo la disposizione formale dell'art. 935 [859]. Questi tre articoli 935, 810 e 482 [859, 759 e 405] arrecano adunque un'eccezione evidente al nostro primo comma. E non vogliasi dire, per questo art. 482, ch'esso *esige* ben l'assistenza del curatore, ma non la dichiara punto *sufficiente*; poichè in prima palpabile che il legislatore non si sarebbe data la briga di parlare, nella precedente categoria, di un atto che avesse inteso alligare sotto le

regole molto più severe della categoria seguente. D'altronde, questo sotterfugio non è più possibile per gli art. 849 e 935 [768 e 859] i quali, essi stessi son redatti in guisa da provare che l'assistenza del curatore è bastevole; or, quando si è astretto a riconoscere due eccezioni ad una regola, non si può più argomentare dal preteso valore *assoluto* di questa regola. Poi infine, il caso preveduto dall'art. 810 [759], la provocazione di una divisione, è grave quanto quello dello art. 482 [405], perchè dunque maravigliarsi più del secondo che del primo?... E però altri giureconsulti, più conseguenti di Delvincourt, disconoscono l'eccezione di quest'art. 810 al pari che quella dell'art. 482; se nonchè per mala sorte retrocedono poi a fronte dell'art. 935; il che prova che stanno nell'arbitrio. Egli è certo adunque che le specialità di questi tre articoli son delle restrizioni alla regola generale del nostro comma (1).

Ma, fuori di questi tre casi eccezionali, l'emancipato non può che con l'autorizzazione del consiglio far gli atti pe' quali il tutore medesimo avrebbe uopo di tale autorizzazione e deve osservar le medesime formalità: così un'accettazione o un ripudio di successione (art. 461 [381]), una transazione qual che ne sia l'oggetto e pur quanto delle sue rendite si trattasse (art. 467 [390]), l'acquisizione ad un'azione immobiliare (art. 464 [387]), l'alienazione d'un'iscrizione di rendita sullo Stato che oltrepassi 50 fr. (L. del 21 marzo 1806, art. 3).

Ora il contratto d'ipoteca dee sempre allogarsi nella nostra quarta categoria, o si dee invece portarlo nella prima, e permetterlo all'emancipato da sè solo, ove l'ipoteca debba garantire un'obbligazione ch'egli può da solo contrarre?... Toullier (II — 1298). Duranton (III — 673) e Zachariae (I, p. 265) adottano quest'ultima opinione. La loro argomentazione (svolta segnatamente in Duranton) si riassume così: L'ipoteca non nuoce che a diversi condebitori del creditore, dando all'uno una preferenza sugli altri; essa punto non nuoce al creditore medesimo che i suoi immobili possono non meno esser pignorati e venduti da semplici creditori chirografari che da creditori ipotecari, poichè ogui individuo che si obbliga dà garentia su tutti i suoi beni (art. 2092, 2093 [1962, 1963]). Adunque non v'era alcuna ragione di vietar all'emancipato d'ipotecare entro i limiti in cui non gli s'inibiva di obbligarli. Onde l'art. 484 [407], proibendogli d'alienare i suoi immobili, non gli vieta già d'ipotecarli.

Tutta questa teorica è ben altro che esat-

(1) Conf. Duranton (III — 690, 691), Zachariae (I, p. 365). Quanto a Toullier (II — 1297 e

s.), egli ammette l'eccezione dell'art. 404 e, strana cosa, rigetta quella dell'art. 810.

ta. È falso che l'ipoteca non nuocia al creditore: chè suo effetto immediato è di distruggere il credito; o malgrado tutti gli argomenti di Duranton, non v'è pur un proprietario che non preferisca mille volte obbligarsi puramente anziché ipotecariamente. La ragione è potente, dappoiché l'ipoteca, dando al vostro creditore un diritto reale sull'immobile non vi permette più nè di venderlo nè d'offrirla in garanzia ad un altro; talchè quest'immobile è per voi come se non fosse più vostro... Supponete un giovane che possieda un podere di 60 mila fr., indi de' capitali e de' valori mobiliari considerevoli. S'egli ha 50 mila fr. di debiti chirografari, troverà pur sempre facilmente una dote di 60 mila fr. che il suocero vedrà garantita sul podere dall'ipoteca legale di sua figlia; che se i 50,000 fr. di debiti sono ipotecati sul fondo, il suocero non vorrà forse dargli una dote nè pur di 5,000 scudi.

Dovea dunque la legge metter l'ipoteca (senza curarsi di sapere qual obbligazione garantisca) sullo stesso livello dell'alienazione dell'immobile sul quale la si accorda. E tanto ha fatto: poichè l'art. 2124 [2010] dichiara che un'ipoteca non può esser consentita (qualunque sia l'obbligazione) che da colui, che può alienar l'immobile ch'ei vi sottopone; ora il nostro art. 484 [407] vieta all'emancipato d'alienare i suoi immobili senza le formalità volute per il non emancipato. L'art. 2126 [2012] ripete la stessa cosa, non permettendo l'ipoteca pe' beni de' minori (emancipati o no) che per le cause e nelle forme precisate dalla legge. Questi articoli sarebbero certo ben sufficienti, quand'anco il nostro fosse muto; ma non lo è mica. E di fermo, niun testo permettendo l'ipoteca all'emancipato, essa è dunque compresa nella frase generale che vieta ad esso emancipato, senza le formalità volute pel non emancipato, ogni atto qualunque, da quelli in fuori di *pura amministrazione*; vi è compresa come l'accettazione d'una successione, come l'acquiescenza a un'azione immobiliare, come l'alienazione di una rendita sullo stato al di sopra di 50 fr. ecc. Sicchè quando l'amministrazione dei beni dell'emancipato renderà necessaria la concessione d'un'ipoteca, dovrà egli ricorrere all'autorizzazione della famiglia od alle forme volute, come dee ricorrervi allorchè quest'amministrazione esige che tolga a mutuo la più modica somma.

L'art. 6 del codice di comm. che Duranton

invoca a sostegno della sua dottrina, gli è contrario. Imperciocchè se il legislatore avesse voluto dire che la capacità di obbligarsi pel tale oggetto conteneva il dritto d'ipotecare, non avrebbe scritto un articolo a bella posta per dare il dritto d'ipotecare, al minore commerciante, dopo di aver detto (art. 487 [410]) che questo minore ha pel suo commercio la stessa capacità di un maggiore (1).

II. — Ci rimangono a vedere la seconda e la quinta categoria.

La seconda, di cui si occupa il comma 2 del nostro articolo, comprende degli atti di pura amministrazione, che posson quindi farsi dall'emancipato soltanto, ma con una circostanza particolare, che li fa differire da quelli della prima categoria di cui parla lo art. 481 [404]. Si tratta delle obbligazioni di somme di danaro di cui l'emancipato si costituisce debitore con compre di cose mobiliari o con altri atti dello stesso genere. Così, la compra di vini, di derrate, di gioie, di mobilia, di cavalli ed equipaggi, di oggetti di lusso, ecc.; la locazione di appartamenti, di giardini, di parchi da caccia, di domestici; la costruzione di opere di fantasia, siccome un castello, ecc., ecc. Le obbligazioni in tal modo contratte hanno questo di particolare che quando sono eccessive (ossia poco proporzionate alla fortuna dell'emancipato ed inutili alla sua posizione), debbono esser ridotte da' tribunali; se vi ha colpa o grave imprudenza dal canto de' fornitori o delle altre parti contraenti.

Il nostro articolo ha torto, evidentemente, di presentare l'inutilità della spesa, la sua sproporzione con la fortuna, e la mala fede del contraente, come tre elementi che rimangono a considerare dopo esser l'obbligazione stata riconosciuta eccessiva. È chiaro che in tal caso ne resta un solo, la mala fede; poichè l'inutilità della spesa e la sua sproporzione con la fortuna son precisamente ciò che ne costituisce lo eccesso. Del resto, questa mala fede, questa colpa imputabile, esisterà il più delle volte, trattandosi quasi sempre di atti che, in vista del loro prezzo elevato e della loro poca utilità, non doveano esser consentiti se non da un uomo prudente rispetto ad un giovane inesperto.

Rimangono infine gli atti per cui l'emancipazione non produce veruna specie di effetto (2). Essi sono: 1° il compromesso, che è assolutamente interdetto a tutti i minori (com-

(1) Conf. Proudhon (II, p. 488), Valette (ivi), il quale cita a torto Toullier come quello che professava la stessa dottrina; Duvergier (sopra Toullier.).

(2) Diamo per segno distintivo a questa quinta categoria la circostanza che, per gli atti che com-

prende, l'emancipazione non produce verun effetto: questa categoria è effettivamente la sola per cui ciò avvenga. Ma nella quarta categoria, tuttochè si tratti di atti pe' quali l'emancipato ha d'uopo della stesse formalità del pupillo, l'emancipazione produce però un effetto sensibilissimo: ed

binati gli art. 1004 [930] ed 83-6° [177], Codice proced.); 2° ogni disposizione a titolo gratuito, avesse pur per oggetto capitali o altri immobili, la quale è loro del pari interdetta, in principio almeno.

Diciamo che le disposizioni a titolo gratuito non sono interdette al minore (emancipato o no) *se non per principio*. Infatti, il minore può disporre validamente per testamento, purché 1° abbia sedici anni, e 2° non dia se non la metà di ciò che potrebbe dare un maggiore (art. 903, 904 [819, 820]). In quanto alle donazioni tra vivi, non può farne che nel suo contratto di matrimonio; allora, in favore del matrimonio, la legge gli accorda la stessa capacità che ad un maggiore, sotto la sola condizione di essere assistito dalle persone del cui consenso ha d'uopo per maritarsi (art. 1095, 1398, 1309 [1049, 1352, 1263]; Vedi ancora la spiegazione dell'art. 149, n° IV). Ma questa capacità eccezionale del minore per le disposizioni gratuite non ha alcun rapporto con l'emancipazione; è identicamente la stessa pel pupillo come pel minore emancipato.

Del resto l'incapacità di dare, che colpisce per principio ogni minore, non impedirebbe all'emancipato, lo si comprende, di far validamente i piccoli doni manuali, i regali e presenti di uso in mille circostanze; su di ciò la legge non ha inteso estendere il suo divieto: *de minimis non curat Praetor*. Bisognerebbe ancora dichiarar valida la condonazione delle pignoni che lo emancipato facesse al suo colono per gravi e giuste cause, per esempio, la perdita di una raccolta. Questa non è una vera donazione; sibbene un atto di amministrazione leale e prudente, che ha per scopo di mantenere il colono in istato di ben coltivare il fondo.

III. — Debbonsi ora comprender facilmente le cinque categorie di atti che avevamo indicate sotto l'art. 481 [404]; e non potremmo uniformarci su questa materia alla dottrina insegnata da Demante (t. I, n° 475 a 481). — Secondo il dotto professore, bisognerebbe ammettere non solo cinque categorie di atti, ma sei. Infatti, egli riconosce, 1° gli atti di pura amministrazione che il minore fa come farebbe un maggiore (n° 475 *del Progr.*; ed è la nostra 1° categoria); 2° quelli che fa da solo con l'assistenza del curatore (n° 476 e 477; ed è la nostra 3° categoria); 3° quelli per cui fa d'uopo di certe forme (n° 476 e 477; ed è la 4° categoria); 4° quelli che gli sono interdetti (n° 476 e 480; ed è la 5° categoria); 5° gli atti cui sebbene non di semplice amministrazione, può però far da solo;

ma salvo rescissione per semplice lesione, secondo lo art. 1305 [1259] (n° 476 e 481, comma 1, ed è la categoria che noi punto non ammettiamo); 6° infine, gli atti di amministrazione che fa da solo, ma che possono venir colpiti di riduzione (n° 476 e 481, com. 2; ed è la nostra 2° categoria).

Non vediamo mica di quali atti potrebbe comporsi la 5.ª classe presentata da Demante; questa classe ci sembra arbitraria e presa all'infuori della teoria della legge. Demante dice che si tratta di atti che non sono di pura amministrazione, e che però l'emancipato può validamente far da solo (n° 481). Ma qual è dunque lo articolo del Codice che permette allo emancipato di far da solo altri atti all'infuori di quelli di pura amministrazione?... Demante aggiunge che questi atti saranno annullabili per semplice lesione, secondo l'art. 1305 [1259]. Ma se si tratta di atti che lo emancipato può validamente far da solo, non eccedono adunque la sua capacità; or, l'art. 1305 [1259] non permette la rescissione per lesione se non contro gli atti che eccedono i limiti della capacità del minore emancipato....

Tale non è adunque la teoria della legge. La legge presenta due grandi classi di atti: 1.ª gli atti di amministrazione, per cui il minore è personalmente capace, e che quindi non possono mai rescindersi per semplice lesione secondo l'art. 1305 [1259]; alcuni tra essi possono solo esser ridotti quando vi ha eccesso da una parte e mala fede dall'altra; 2.ª gli atti che oltrepassano i limiti di una semplice amministrazione, e per veruno dei quali il minore ha capacità; per tutti questi può l'emancipato, secondo l'art. 1305, esser restituito. Infatti, questo articolo 1305 finisce col dire che il minore (emancipato o no) è restituibile contro ogni atto che non può far da solo; e perchè il minore non emancipato non può far da solo *atto di sorta* egli è restituibile per tutti.

Laonde, la dottrina di Demante non è adottata daverun autore. Toullier (t. II, n° 1297 e seg.), Duranton (t. III, n° 668 e seg.), Zachariae (t. I, p. 261 e seg.), ecc., presentano tutti de' sistemi che, salvo le differenze di forme, sono completamente di accordo con quello che noi abbiamo adottato.

485 [408]. — Ogni minore emancipato, le cui obbligazioni saranno state ridotte in forza del precedente articolo, potrà privarsi del beneficio dell'emancipazione, la quale verrà a lui tolta colle medesime for-

è che l'atto è fatto dal minore medesimo, laddove se vi avesse ancora tutela, le sarebbe dal suo l'assente.

Marcadé T. I.

ture, senza che egli, il minore, vi figurasse per nulla.

77

me che avranno avuto luogo per conferirla.

446 [409]. — Dal giorno della revocata emancipazione il minore rientrerà sotto tutela, e vi rimarrà sino alla maggiore età compiuta.

SOMMARIO

- I. L'eccezione delle obbligazioni a non la loro riduzione permette la revocazione. Essa deve farsi nelle forme con cui l'emancipazione potrebbe attualmente conferirsi. Non è possibile per minore attualmente maritato o che ha da figli del suo matrimonio.
- II. Come si regola allora la delegazione della tutela.

I. — Quando il minore emancipato abusa della semi-capacità che gli si era conferita, e la volge contro sè medesimo, è giusto che, nel suo proprio interesse, gliela si tolga. Ecco ciò che vogliono i nostri due articoli.

Secondo noi, il primo di questi articoli è mal redatto e rende male il pensiero dei legislatori, quando indica e la causa e le forme della revocazione. Non la riduzione delle obbligazioni eccessive, sibbene il loro eccesso istesso, deve motivare questa revocazione; similmente per ritirare l'emancipazione non bisogna seguire il modo secondo cui è stata conferita, ma quello che farebbe mestieri seguire se si trattasse di darla oggidì. Pertanto, 1° supponiamo che obbligazioni altamente eccessive non sono state tuttavia ridotte, vista la buona fede della parte contraente (agli occhi della quale il minore, con piccoli mezzi di frode, si era dato per molto più ricco di quel che era), è chiaro che non si vorrà ricompensare il minore della sua frode conservandogli, sotto pretesto che non vi è stata riduzione, una capacità che gli si sarebbe tolta se egli fosse stato più leale e la colpa fosse stata dal canto del suo contraente; 2° il secondo vizio di redazione è più evidente ancora; essendo patente che un figlio emancipato dalla dichiarazione del padre o della madre, morti posteriormente, non può più perdere il beneficio dell'emancipazione se non con una deliberazione del consiglio di famiglia.

Del rimanente, lo stato di minore non emancipato essendo, nel pensiero della legge, incompatibile con la qualità di coniuge, ne segue che quando il figlio è attualmente maritato (o che sia stato emancipato col suo matrimonio, o che si sia maritato dopo l'emancipazione), l'emancipazione non potrà essergli tolta. Se la legge non avesse considerato il matrimonio come completamente incompatibile con la qualità di minore in tutela, avrebbe almeno permesso a' genitori di mantenere in tutela il figlio che essi maritano, mercè una dichiarazione formale; non li a-

vrebbe messi nell'alternativa assoluta o di conferirgli tacitamente l'emancipazione, o di fargli perdere un'unione per lui vantaggiosa. Essa avrebbe detto nell'art. 476 [399]: il minore sarà emancipato col suo matrimonio, se non v'ha dichiarazione contraria dal canto di quelli da cui egli dipende. Il minore maritato sarà dunque sempre emancipato forzosamente.

Lo stesso avverrebbe, se fosse vedovo, ma avesse figli dal suo matrimonio; poichè la legge gli accorda, rispetto a questi figli, dei dritti incompatibili con la qualità di pupillo.

Infine, un'ultima conseguenza di questa incompatibilità dello stato di matrimonio con lo stato di minore in tutela si è, che il figlio che ha perduto l'emancipazione si troverebbe emancipato di pieno dritto se venisse indì a maritarsi. L'art. 486 [409], quando dice che il figlio resterà in tutela fino alla sua maggiore età, significa soltanto che non potrà più esser l'oggetto di un'emancipazione formale.

In quanto al minore emancipato con matrimonio, ma che non è più coniuge e non ha figli, ei può esser rimesso in tutela, malgrado la causa d'onde proveniva la sua emancipazione. L'articolo del progetto, che parlava solo del « minore emancipato altrimenti che col matrimonio » perdè queste ultime parole nella redazione definitiva (Fenet, X, p. 506).

Si è voluto argomentare dal togliimento di quelle parole, che il minore maritato può quanto un altro esser privato dell'emancipazione. Ma nulla di logico ha questa conclusione; poichè doveano quelle parole nel nostro non meno che nel contrario sistema esser tolte via. Infatti avrebbero avuto per risultato: 1° d'impedire la revocazione per il minore vedovo senza figli, la quale è permessa; 2° d'autorizzarla a contrario per il minore attualmente maritato, il cui matrimonio non avesse avuto luogo che posteriormente alla sua emancipazione.

II. — Un punto ci resta a disaminare: come si regolerà il conferimento della tutela alla revocazione dell'emancipazione?... Notiamo in prima che, quando il minore era già in tutela al momento dell'emancipazione, non è la stessa tutela che continua dopo la revocazione. La tutela anteriore è cessata; v'è stato rendimento di conto; una nuova tutela incomincia. Dunque l'antico tutore non ha mai dritto, in tal qualità, di rientrare in funzioni. Vediamo ora se questa tutela nuova (o questa prima tutela, quando il figlio è stato emancipato durante il matrimonio dei suoi genitori) deve sempre deferirsi dal consiglio di famiglia, ovvero se (e quando) può esservi luogo alla tutela legittima.

Quando l'emancipazione è revocata dal consiglio di famiglia, in mancanza de' genitori, si spetta a questo consiglio, secondo noi, di nominare un tutore, ancorchè esistano degli ascendenti. Infatti, il consiglio essendo allora il solo depositario dell'autorità sul figlio, e trovandosi arbitro di aprire o no la tutela revocando o mantenendo l'emancipazione, non v'ha più luogo alla tutela legale di questi ascendenti, se non quando questo stesso consiglio ha reso la tutela legale vacantescuando o destituendo il superstite de' genitori (art. 404, n. 11). Lo stesso avverrebbe, evidentemente, ancorchè l'emancipazione fosse revocata dal superstite de' genitori, se questo superstite fosse decaduto o scusato dalla tutela legale, poichè con ciò il dritto di nomina sarebbe passato al consiglio di famiglia. Ma se l'emancipazione è revocata dal superstite de' genitori il quale esercitava la tutela legale sin dal momento dell'emancipazione, o che vi si è trovato chiamato dopo, per la morte del suo coniuge (sopraggiunta dopo quest'emancipazione); allora, come verun'autorità sul figlio non è ancora passata al consiglio di famiglia, il dritto di nomina non potrebbe appartenere, ed il superstite è quello che diverrà (o ridiverrà) tutore legale, e se morisse, la tutela passerebbe o al tutore testamentario da lui eletto, o agli altri ascendenti, o ad un tutore dativo, secondo le regole ordinarie.

N. B. — Abbiamo detto di sopra; che, secondo noi, la revocazione dell'emancipazione non fa mica ritornare l'usufrutto legale.

487 [410]. — Il minore emancipato che esercita un traffico, è considerato maggiore pe' fatti relativi al traffico stesso.

I. — Le condizioni sotto le quali il minore emancipato può fare il commercio sono indicate dall'art. 2 [6] del codice di com. Il minore commerciante può, pel suo commercio, consentire ogni specie d'atti, eziandio l'ipoteca de' suoi immobili (cod. di comm. art. 6 com. 1 [7]), ma non già però la loro alienazione (ivi, com. 2).

Pel caso di contestazione sull'indole commerciale dell'atto, applicate ciò che abbiamo detto sotto l'art. 220 n° III.

Sicchè il minore commerciante per gli atti del suo commercio, come l'emancipato ordinario per gli atti della prima categoria, può sempre agir solo, e non può quindi invocare la restituzione per lesione di cui parla l'art. 1305, [1259].

(1) Diciamo: in generale, giacchè hannoci degli atti pe' quali egli è capace: così 1° una ricognizione di figlio naturale; 2° un testamento, purchè in

RIASSUNTO DEL TITOLO X.

De' minori.

I. — Appellasi minore, cioè più giovane dell'età legale, l'individuo che non ancora ha tocca l'età alla quale la legge fissa, per presunzione generale, la capacità delle persone. Quest'età è quella di ventun'anno che si conta di ora in ora (art. 388 [311]).

II. — La legge divide i minori in due classi: i minori ordinari ed i minori emancipati.

Finchè non è emancipato, il minore è in generale incapace degli atti della vita civile (1); ben ha egli il godimento de' dritti civili, ma non ne ha l'esercizio; il quale è affidato ad una persona incaricata di rappresentarlo. Questo minore non emancipato se è figlio legittimo può esser sommerso successivamente; 1° alla patria potestà soltanto; 2° alla patria potestà ed alla tutela insieme; 3° alla sola tutela.

In quanto al figlio naturale riconosciuto, egli deve sempre stare in tutela; ma la sua tutela può eziandio o esser sola, o coesistere con la patria potestà. — La coesistenza della patria potestà e della tutela si presenta fin tanto che l'autore naturale o il superstite degli autori legittimi non è decaduto dalla sua potestà. Questa infatti gli dà il dritto di educazione (ed altresì, quando è un autore legittimo, il dritto di usufrutto), laddove dal potere tutelare emana per lui stesso o per un altro il dritto d'amministrazione de' beni.

L'emancipazione affranca il minore dalla patria potestà e dalla tutela e gli apporta una certa capacità, che il pone in uno stato intermedio tra la minore età ordinaria e la maggiore età.

Del resto, sia o no emancipato il minore, egli si trova pur sempre, dal momento che cade in tutela fino alla sua maggiore età, sotto la protezione di un consiglio di famiglia rivestito d'importanti funzioni.

III. — Ciò che concerne la patria potestà avendo fatto l'obbietto dell'epilogo precedente, qui ci rimane a trattare: 1° della Tutela; 2° dell'Emancipazione che le pon fine e le succede; 3° influe del Consiglio di famiglia che esiste per tutta la durata della tutela e dell'emancipazione. Sarà l'oggetto di tre capitoli.

CAPITOLO I.

DELLA TUTELA DE' MINORI.

IV. — La tutela comincia pel figlio legittimo, allo scioglimento del matrimonio de' suoi

quest'ultimo caso egli abbia sedici anni compiuti e non disponga che della metà di ciò che potrebbe donare un maggiore.

genitori; per conseguenza alla morte di uno di essi; e pel figlio naturale sin dalla sua nascita (art. 390 [294]). Finisce o 1° con la maggiore età del figlio, o 2° con la sua emancipazione, o 3° con la sua morte.

V. — Oltre il consiglio di famiglia investito dell'alta sorveglianza su tutto ciò che interessa il pupillo, si ha in ogni tutela, a fronte del tutore, funzionario principale incaricato di amministrare, un secondo funzionario incaricato di controllare e tal fiata di sostituire il primo; il quale prende il nome di tutor surrogato. Tutto ciò che concerne il consiglio di famiglia dee trattarsi nel capitolo III; laonde qui non avremo che tre sezioni, le quali si occuperanno la 1° del tutore; la 2° del tutor surrogato, la 3° delle regole comuni ad amendue questi funzionari.

SEZIONE PRIMA

Del tutore.

§ 1. — Delle diverse classi di tutore.

VI. — Oltre i tutori *ad hoc* che non son mai incaricati se non d'un affare speciale (1) e dei quali non ci accade qui occuparci, i tutori ordinari, incaricati della gestione generale di tutto ciò che interessa un pupillo, suddividonsi in *tutori semplicemente detti*, *contutori* e *protutori*. La qualità di contutore ci sarà spiegata in questo stesso paragrafo, nel numero seguente; in quanto al protutore, egli è un tutore ausiliario dato pe' beni delle colonie al minore domiciliato in Francia, o viceversa.

Circa al principio onde emana la sua qualità, il tutore è legittimo, testamentario o dativo. Il tutore *legittimo* o *legale* è quello che riconosce la sua qualità dalla sola disposizione della legge, senz'alcuna nomina; il tutore *testamentario* è quello che nomina il genitore superstite del minore; il tutore *dativo* è quello che si nomina dal consiglio di famiglia. Tutela legale o testamentaria non havvi che pel figlio legittimo; la tutela del figlio naturale è mai sempre dativa (2).

VII. — *Tutela legittima*. La tutela legittima appartiene in prima al genitore superstite (art. 390 [294]), ma con tre differenze fra il marito e la moglie.

1° La madre può recusar la tutela. Ella è solo tenuta in questo caso ad adempiere tutti i doveri di una tutrice, finchè s'abbia fatto nominare un tutore dal consiglio di famiglia (art. 394 [316]).

2° Può esser sottomessa, per la gestione della tutela, ad un consiglio composto di una o più persone, e senza la cui assistenza certi atti o anche tutti gli atti le sono interdetti. E d'uopo che questo consiglio sia stato nominato dal padre, nelle forme che verranno indicate al n° IX per la nomina del tutore testamentario. Il marito può specificare gli atti pe' quali sarà necessaria l'assistenza; se nulla abbia specificato, l'assistenza sarà necessaria per tutti (art. 391 e 392 [313, 314]).

3° La madre che si rimarita non conserva la tutela legale se non quando vi è mantenuta dal consiglio di famiglia, il quale allora le dà il secondo marito per contutore: questo contutore perde la sua qualità tosto che la tutrice perde ella stessa la tutela.

Se la madre si rimarita senza consultare il consiglio perde di pieno dritto la tutela legale. Ma beninteso questa cessazione della sua qualità in nulla diminuisce la responsabilità di lei, cui il secondo marito subisce solidalmente, eziandio per gli atti anteriori al loro matrimonio.

Che se infine ella consultò il consiglio prima del matrimonio e questo non ve la mantenga, allora le sostituisce un altro tutore, la sua responsabilità cessa per l'avvenire senza estendersi al suo novello coniuge (articolo 394 a 396 [316 a 318]).

N. B. — Quando alla morte del marito non vi è figlio minore, ma la moglie si dichiara incinta, il consiglio di famiglia (tanto per amministrare i beni nell'interesse di quelli a cui si troveranno appartenere, quanto per impedire la supposizione o sostituzione di parto) nomina un curatore al ventre. Se poscia nasce un figlio vitale, la madre ne sarà tutrice legale, ed il curatore ne sarà di pieno dritto il tutor surrogato (art. 393 [315]).

VIII. — Dopo la morte del genitore superstite, purchè egli abbia conservata la tutela legale sino alla fine, e non vi sia tutore testamentario da lui eletto, questa tutela legale appartiene agli ascendenti maschi. La tutela così deferita agli ascendenti non è mica esercitata da più d'uno insieme (giacchè la legge non ammette mai che un sol tutore); ma passa a quello che si trova il più prossimo in grado; se ve ne hanno due del medesimo grado, ma di linee diverse, spetta all'ascendente paterno; se sono entrambi della linea paterna, spetta all'ascendente paterno del padre del minore; se sono amendue della linea materna, determina il consiglio quella che dee prevalere. Dopo la morte di un primo ascendente tutore legale (s'egli

(1) Vedi la nota (1) pag. 572. (Nota del traduttore.)

(2) La qualificazione di *dativo* (presa allora in

un senso più largo e per significare un tutore che è tale per nomina) s'applica allora al tutore testamentario.

ha conservata questa tutela legale sino alla fine), essa passa a quello degli ascendenti superstiti che giusta queste stesse regole trovansi preferibile. Dopo la morte del secondo, può sotto le medesime condizioni passare ad un terzo e via dicendo; in guisa 1° che un tutore legale non sia mai chiamato se non alla morte d'un altro tutore legale, e 2° che mai non vi sia interruzione nella durata della tutela legittima. Infatti 1° quando durante la sua vita un tutore legittimo cessa dalle sue funzioni o non entra punto in funzioni, vi è luogo alla tutela dativa; e 2° tosto che vi ha luogo un solo istante a questa tutela dativa o alla tutela testamentaria, più non si ritorna alla tutela legale (art. 402 a 404 [323 a 325]).

IX. — *Tutela testamentaria.* Il superstite de' genitori può, sotto la condizione di esercitare attualmente e di conservare fino alla sua morte la tutela legale del figlio, nominargli un tutore, il quale entrerà in funzioni dopo la morte di questo superstite. La nomina si fa sia in una delle forme volute pei testamenti, sia mercè dichiarazione avanti al giudice di pace assistito dal suo cancelliere. Quando la nomina è fatta dalla madre rimaritata (e mantenuta nella tutela legale), non ha effetto se non è confermata dal consiglio di famiglia; ma non ostante quest'obbligo di conferma, il tutore è pur sempre un tutore testamentario (art. 397 a 401 [319]) (1).

X. — *Tutela dativa.* Avvi luogo a tutela dativa, cioè alla nomina d'un tutore per parte del consiglio di famiglia, 1° quando non v'è nè padre, nè madre, nè ascendenti maschi, nè tutore nominato da' genitori; 2° quando un tutore legale rifiuta la tutela, o quando è incapace, escluso, scusato o destituito; in breve sempre che questo tutore legale, sia prima di entrare in funzioni, sia dopo aver già amministrato, allontanato dalla tutela per qualunque causa dalla morte in fuori; 3° tutte le volte che un tutore testamentario, validamente nominato e sopravvivevole a colui che l'ha eletto si trova, sia innanzi di aver amministrato, sia dopo, allontanato dalla tutela per qualsivoglia causa, non esclusa la sua morte (art. 405 [326]).

§ 2. — Funzioni, diritti ed obbligazioni del tutore.

XI. — *Entrata del tutore in funzioni.* L'obbligazione del tutore di amministrare, e quindi la sua responsabilità e l'ipoteca legale che la garantisce, cominciano 1° pel tu-

tore legittimo dal momento che ha avuto conoscenza della morte che fa passare in lui la tutela; 2° pel tutore testamentario, dall'apertura dell'atto che lo nomina tutore, s'egli assiste a questa apertura; altrimenti dal giorno in cui quest'atto gli è notificato; 3° pel tutore dativo, dal dì della deliberazione del consiglio, se vi è presente; se no dal giorno in cui gli si notifica la sua nomina (art. 418 [339]).

XII. — Alla sua entrata in funzioni, deve il tutore compiere diverse obbligazioni che variano secondo i casi.

Quando il tutore che entra è il primo tutore del minore, 1° è tenuto a richiedere immediatamente l'apposizione de' suggelli sugli oggetti dipendenti dalla successione scaduta al minore in forza della morte che ha aperta la tutela; se i suggelli fossero stati apposti, sarebbe tenuto a farli togliere entro i dieci giorni a contar da quello in cui è cominciata la sua obbligazione di amministrare.

2° Subito dopo rimossi i suggelli, dee far redigere, in presenza del tutor surrogato, un inventario de' beni del minore, il quale più tardi servirà di base al rendimento del suo conto. Se trasanda di farlo, lo stato della successione potrà esser provato contro di lui per testimoni ed anche per fama pubblica. In questo inventario deve il tutore, sulla domanda che è tenuto a indirizzargli il notaio, dichiarare i crediti che aver potesse contro il minore; e ciò a pena di decadimento. Se il notaio avesse ommesso di far la requisizione, il tutore conserverebbe il suo credito, e sarebbe il notaio responsabile verso il minore.

3° Infine, entro il mese che segue la chiusura dell'inventario, il tutore è tenuto a far vendere, in presenza del tutor surrogato, mediante licitazioni ricevute da un pubblico ufficiale, e dietro affissi o pubblicazioni, tutti i mobili corporali, da quelli in fuori che il consiglio lo autorizzasse a serbare in natura: mancando questa vendita sarebbe egli responsabile di ciò che la conservazione in natura avesse fatto perdere al minore o gli avesse impedito di guadagnare. Quest'obbligazione di far vendere i mobili non esiste, beninteso, quando il tutore è il genitore superstite, usufruttuario legale de' beni. Questi trova nel suo titolo di usufruttuario il dritto di conservarli e di servirsene, per restituirli alla fine dell'usufrutto nello stato in cui si troveranno; salvo indennità per quelli che allora fossero distrutti o deteriorati per colpa di lui: per avere una base di questa indennità, l'usufruttuario legale dee far apprezzare i mobili a sue spese da un perito che nomina il tutor surrogato e che presta giu-

(1) L'articolo 401 del codice Napoleone non fu riprodotto nelle nostre leggi civili. Vedi la nota (1) pag. 559. (Nota del traduttore.)

ramento innanzi al giudice di pace. Lo stesso sarebbe di ogni tutore che avesse l'usufrutto de' beni del suo pupillo, senonchè quest'usufruttuario ordinario sarebbe tenuto a dar cauzione (art. 451 a 453 [374 a 376]).

XIII. — Quando il tutore che entra viene in sostituzione di un altro tutore scusato, destituito o defunto (ma di cui il minore non è erede), questo tutore non ha altro da fare che ricevere, in presenza del tutor surrogato, il conto del tutore precedente; il qual conto allora è quello che gli fa conoscere il patrimonio del minore e serve di base al conto che dovrà rendere egli stesso. Alla ricezione di questo conto dovrà egli sulla richiesta del tutor surrogato, dichiarare i crediti che aver può sul minore (ivi).

XIV. — Che se il tutore che entra viene a surrogare un tutore defunto di cui il minore è erede, egli deve adempiere ad un'ora le obbligazioni indicate per ambo i casi precedenti.

Vi è luogo allora a far vendere i mobili; v'è luogo alla redazione dell'inventario e alla ricezione del conto; l'uno e l'altro indispensabili per conoscere il patrimonio e servir di base al conto futuro.

I suggerimenti e l'inventario sono, ben s'intende, necessari ancora tutte le volte che succede una successione al minore nel corso della gestione d'un tutore. Del resto, quando i beni che al minore pervengono non gli appartengono a titolo di erede riservatario, il tutore può esser dispensato dall'inventario per volontà del disponente; ma allora il consiglio di famiglia deve esigere da questo tutore uno stato che gli faccia conoscere l'importanza di questi beni.

Quando prende la tutela del figlio il superstite de' genitori maritato in comunione è tenuto a far inventario non più precisamente nella sua qualità di tutore, sibbene in forza della disciolta comunione; e in tal caso, invece d'essere obbligato a cominciare l'inventario fra i dieci giorni, ha tre mesi per farlo.

XV. — In tutt'i casi e sia che si tratti d'un primo tutore o d'un tutor susseguente, questi (salvo sia l'usufruttuario legale), riceverà dal consiglio di famiglia delle istruzioni cui sarà tenuto seguire.

Queste istruzioni avranno per obbietto:

1° di determinare approssimativamente, secondo l'importanza del patrimonio, la somma a cui potranno elevarsi la spesa personale del minore e le spese d'amministrazione de' suoi beni;

2° di decidere se il tutore potrà co' danari del pupillo, pagare uno o più amministratori particolari gerenti sotto la sua responsabilità;

3° di precisar la somma dalla quale comincerà pel tutore l'obbligo di far l'impiego dell'eccedente delle entrate sulle spese. Una volta riunita questa somma, il tutore è obbligato di farne l'impiego entro i sei mesi, e non facendolo ne deve egli medesimo l'interesse a partire dallo spirar de' sei mesi. Se prima che questo tempo scada, le somme fossero state impiegate, o se il tutore se ne fosse servito per sè stesso, egli ne dovrebbe l'interesse a contare dal dì dell'investimento o dal dì che se n'è servito. Per conseguenza, quando egli medesimo è debitore del pupillo e non paga; deve l'interesse a contare dallo stesso dì della scadenza (giacchè da allora egli s'è servito del danaro del pupillo). Il Consiglio può determinare egli stesso il modo dell'impiego; se non lo ha fatto, sceglie il tutore quello che più gli talenti, ma salvo la sua responsabilità nel caso di negligenza o d'imprudenza. Quando il tutore non ha fatto determinar la somma dalla quale dee cominciar l'impiego, deve l'interesse di ogni somma, per quanto modica sia, dopo sei mesi dal dì che l'ha ricevuta (art. 454 a 456 [337 a 339]).

Queste diverse istruzioni non avendo per obbietto definitivo che le rendite, e queste rendite nel caso di un tutore usufruttuario legale, a questo tutore appartenendo e non già al minore, ne segue che quanto si è detto, in questo n° XV, non concerne cotesto usufruttuario legale (ivi).

Avvi ancora un'obbligazione, a cui la legge sottrae i genitori, e che il consiglio di famiglia ha la facoltà d'imporre ad ogni altro tutore: la si è quella di rimettere al tutor surrogato nelle epoche prefisse dal consiglio gli stati di situazione della gestione. Tuttavolta non può il consiglio esigere più di uno stato per anno (art. 470 [393]).

XVI. — *Dritti e doveri del tutore in quanto alla persona del pupillo.* Al tutore appartiene, sotto la direzione del consiglio di famiglia, il dritto di educazione del minore: non però assolutamente; imperocchè 1° cotale dritto non passa al tutore se non quando sia morto o privato dell'esercizio della patria potestà di genitori superstiti; 2° anche dopo l'estinzione della patria potestà il consiglio di famiglia ha la facoltà di lasciare al tutore la sola amministrazione de' beni, ed affidare a un'altra persona la custodia e direzione della persona (art. 450 [373]).

Quando più non sussiste patria potestà e il consiglio non ha ritolto al tutore il suo dritto naturale, spetta a quest'ultimo di vegliare al mantenimento e all'educazione fisica e morale del minore. Deve pertanto o fargli apprendere un mestiere, o procacciargli una professione di maggior momento,

secondo la misura delle sue facoltà pecuniarie ed intellettuali. Quando il minore cada in gravi trascorsi, può il tutore, facendovisi autorizzare dal consiglio, farlo detenere per via di requisizione, secondo le regole indicate nell'epilogo precedente, numeri IV e seg. (ivi.)

XVII. — Dritti e doveri del tutore in quanto a beni del pupillo. Il tutore è incaricato di amministrare i beni del minore e di rappresentarlo come mandatario legale in tutti gli atti in cui può essere interessato (ivi).

Quindi 1° dee vegliare a conservare i mobili, a mantener gl'immobili, a coltivarli o darli in fitto; estinguere i debiti e altri pesi; sperimentare il rimborso de' crediti, ricevere le rendite; interrompere le prescrizioni; prendere e rinnovare le iscrizioni ipotecarie ec. — Gli affitti consentiti dal tutore non possono esserlo per più di nove anni; e non può egli rinnovarli che due anni prima per le case e *tre pe' beni rustici*. Quelli che fosser fatti per oltre 9 anni e rinnovati più di due o tre anni prima rispettivamente, potrebbero esser annullati sulla domanda di esso tutore a nome del pupillo; salvo i danni e interessi che il primo potesse dovere in nome suo personale. Che se l'affitto fatto per oltre nove anni sia già cominciato, il pupillo (sia per mezzo del suo tutore se sta tuttora in tutela, sia di per sé, se la tutela è cessata) è tenuto ad eseguirlo pel periodo novenne che sta decorrendo; e del pari, se l'affitto consentito per soli 9 anni, ma fatto troppotempo prima sia cominciato, ei non può più domandarne la nullità (articolo 461 [384]).

Il tutore non può fare da solo ogni specie di atti. Avvene 2° taluni cui non può fare senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia; 3° altri pei quali quest'autorizzazione dev'essere accompagnata da certe formalità; 4° altri che gli sono al tutto interdetti.

2° Classe. — Il tutore ha d'uopo dell'autorizzazione del consiglio.

1° Per prendere in fitto gl'immobili del minore: il fitto viene stipulato dal tutor surrogato (art. 450 [373]).

2° Per trasferire un'iscrizione di rendita sullo Stato di oltre 50 fr., od un'azione sulla Banca di Francia (art. 461 [384]).

3° Per accettare o ripudiare una successione scaduta al minore, la quale non può mai essere accettata che beneficiariamente (ivi);

4° Per accettare una donazione, tranne se il tutore sia un ascendente; giacchè a questo titolo può egli accettare senza autorizzazione (ivi);

5° Infine per intentare un'azione immobiliare o prestarvi acquiescenza (art. 461 [387]).

3° Classe. — Quando il tutore domanda, sia di torre a prestito pel suo minore, sia di vendere o ipotecare gl'immobili di lui, l'autorizzazione della famiglia, non può accordarsi che per un vantaggio evidente o una necessità assoluta. Questa necessità dev'essere stabilita da un conto del tutore, comprovante che il danaro, gli effetti mobili e le rendite sieno insufficienti pe' bisogni a' quali si vuol soddisfare. La deliberazione della famiglia dee indicar l'immobile o gl'immobili che debbono a preferenza esser venduti o ipotecati. Dippiù la deliberazione non è esecutoria se non dopo l'omologazione del tribunale, e se trattasi d'una vendita, la non può farsi che giudiziarmente con le forme speciali indicate nel C. proc. (art. 457 a 459 [380 a 382]).

2° Una divisione, mobiliare o immobiliare, non può provocarla il tutore che con l'autorizzazione della famiglia e non può del pari aver luogo se non giudiziarmente con le forme specialmente determinate dalla legge. Il tutore potrebbe soltanto, senza l'autorizzazione della famiglia e senz'alcun intervento della giustizia, fare (per cinque anni al più, salvo a rinnovar la convenzione) una semplice divisione provvisoria, che riflettesse il solo godimento. Ciò fatto, ciascuna parte conserva evidentemente il dritto di domandar poi una divisione definitiva che ricada sopra la proprietà stessa. Che se senza l'impiego delle forme volute, si è però inteso fare una divisione definitiva, questa divisione è completamente ed indefinitivamente valida; ovvero completamente e sin dal momento nulla a scelta del minore; val dire che il minore (o il minore solo, sia di per sé, sia per mezzo del tutore) può o mantenerla o farla annullare. Nel dubbio sull'intenzione che hanno avuta le parti che han diviso senza le volute forme, si presume la divisione provvisoria (art. 466 [389]).

3° Infine, una transazione fatta dal tutore autorizzato è valida sol quando ha avuto luogo conformemente all'avviso di tre giureconsulti designati dal procuratore dell'impero, e quando è omologata dal tribunale (art. 467 [390]).

4° Classe. — Gli atti assolutamente interdetti al tutore sono:

1° Il compromesso su tutto ciò che interessa il minore;

2° La compra de' beni di questo minore;

3° L'accettazione del trasferimento di un credito o di un dritto qualsiasi contro questo stesso minore (art. 450 [373]).

In quest'ultimo caso, la cessione, valida tra il tutore ed il suo cedente, che quindi si trova disinteressato, è nulla tra il tutore ed il minore; di tal che il primo, in punizione

della sua contravvenzione, subisce una perdita totale che riesce a favore del secondo. Che se fosse comprovato che il credito era reale e che il tutore ha agito di buona fede, si dovrebbe, nel considerarlo come amministratore di affari, tenergli conto di ciò che avesse sborsato (ivi).

N. B. — Gli atti che non sono indicati in questa seconda, terza e quarta categoria, rimangono nella prima e sono permessi al tutore, senza autorizzazione del consiglio.

Pertanto, quando si tratta 1° di vendere delle rendite su privati o delle rendite sullo Stato che non oltrepassino i 50 franchi; 2° di respingere un'azione immobiliare e non d'intentarla; 3° di stare in giudizio per materia immobiliare, sia da attore, sia da convenuto; 4° di procedere all'alienazione degli immobili quando è provocata o da un comproprietario maggiore, veduta l'impossibilità della divisione, o da un creditore del minore sopra appropriazione forzata: in questi differenti casi, l'autorizzazione del consiglio non è necessaria al tutore. Ma nel caso del 4° § la vendita ha luogo sempre giudizialmente, e con le forme specialmente determinate dalla legge (art. 460 [383]).

XVIII. — *Fine della gestione. — Responsabilità. — Conto di tutela.* Quante volte un tutore (contutore o protutore) esce di funzioni, per qualunque causa si sia, deve render conto della sua gestione. Il conto è reso 1° all'ex-minore, se la tutela finisce per la maggioranza di costui; 2° al minore assistito dal suo curatore, se la tutela è cessata per l'emancipazione; 3° agli eredi di questo minore, se è finita per la sua morte naturale o civile; 4° infine, al nuovo tutore in presenza del tutore surrogato, se la tutela continua. Le spese della reddizione del conto sono anticipate da colui che rende il conto, poichè egli ha nelle mani i danari di colui a cui il conto deve rendersi. Rimarrebbero anche a carico di costui che rende il conto, se fossero cagionate per sua colpa; per esempio, se vi avesse dato luogo la sua destituzione. Quando al conto di tutela dà luogo la morte naturale o civile del tutore, vien reso da' suoi eredi, i quali son tenuti (se sono presenti e capaci) a continuare, fino all'entrata in funzioni del nuovo tutore, la gestione del loro autore in quanto agli atti di manutenzione e di conservazione. — Si alloga in questo conto ogni spesa veramente utile al minore e giustificata in un modo bastevole (art. 469—471 [392—394]).

Il tutore non può mai esser dispensato dal render conto. Colui che dà al minore de' beni non riservati potrebbe soltanto legare a questo tutore la resta del suo conto; dippiù, questo legato non potrebbe comprendere ciò

che il tutore dovesse per effetto del suo dolo (art. 469 [392]).

La legge è sì rigorosa sulla necessità del conto, che ogni transazione, ogni convenzione, relativa alla gestione del tutore è impossibile tra l'ex-tutore ed il minore divenuto maggiore, semprechè non sieno scorsi dieci giorni dalla consegna (comprovata da una ricevuta del minore) del conto e de' documenti giustificativi. Il minore avrebbe, per far annullare una simile convenzione, dieci anni, che correrebbero dal dì in cui è stato concluso (art. 472 [395]).

La resta dovuta dal tutore o da' suoi eredi produce interesse di pieno dritto a far tempo dal dì della chiusura del conto; per contrario, le somme dovute dal minore non producono interesse se non dal dì della intimazione di pagare, notificata posteriormente a questa chiusura (art. 471 [397]).

La legge non poteva astringere l'ex-tutore a serbare per trent'anni la rimembranza delle diverse circostanze della sua gestione ed ancora l'assieme de' suoi documenti giustificativi; quindi dichiara che dopo dieci anni a partire dalla maggioranza del minore, egli è al coperto da ogni azione relativa ai fatti della tutela. In quanto all'azione di pagamento della resta, o a qualunque altra che non fosse relativa a fatti della tutela e non obbligasse il tutore a ricorrere a' suoi documenti giustificativi, non si prescriverebbero le azioni del tutore contro l'ex minore (articolo 475 [398]).

La responsabilità del tutore ed il pagamento della sua resta sono garantiti da un'ipoteca legale che, di pieno dritto e senza alcun bisogno d'iscrizione, colpisce tutti gli immobili di questo tutore, a contare dal dì istesso in cui è incominciata la sua responsabilità. Il contutore essendo tutore con sua moglie è sottomesso, beninteso, a quest'ipoteca legale. Gli è ben altrimenti del secondo marito della madre superstite che perde la sua tutela legale per non aver consultato il consiglio di famiglia sul suo matrimonio (art. 396 [419]).

XIX. — Le diverse regole indicate in questo § 2 (ad eccezione di quelle relative alla persona del minore, al dritto di educazione) si applicano al protutore. Questo protutore, che, per la sua gestione, è indipendente dal tutore, ma sottomesso al consiglio di famiglia, può essere obbligato da questo consiglio a far passare al tutore tutte o parte delle somme che cadono nelle sue mani, sia per ricezione di rendita, sia pel rimborso di crediti (art. 417 [338]).

N. B. — Si conoscono le tre cause che fanno cessare la tutela in un modo assoluto; in quanto a quelle che operano un semplice

cambiamento di tutore, siccome son comuni al tutore surrogato, saranno indicate nella sezione 3^a.

SEZIONE II.

Del tutore surrogato.

XX. — Il tutore surrogato esiste in ogni tutela, ed in ogni tutela è dativo. Nella tutela dativa, il consiglio di famiglia procede alla sua nomina immediatamente dopo quella del tutore; nelle tutele legittime e testamentarie, deve il tutore, prima di entrare in funzioni, far riunire il consiglio di famiglia per nominare un tutore surrogato. Quante volte il superstite de' genitori, o il consiglio di famiglia, ha nominato un protutore, questo consiglio deve dargli un protutore surrogato (art. 420 [342]).

Il tutore surrogato è incaricato:

1^o Di sorvegliare la gestione del tutore e di prendere o provocare le misure necessarie per proteggere gl'interessi del pupillo. Tuttavia la responsabilità de' danni cagionati al minore per la cattiva amministrazione del tutore, non si estenderebbe al tutore surrogato se non nel caso di una grave negligenza dal di costui canto.

2^o In tutte le circostanze speciali in cui i suoi interessi si trovino in opposizione con quelli del tutore. Allora, ha momentaneamente gli stessi dritti, e subisce le stesse obbligazioni e la stessa responsabilità del tutore che sostituisce (ivi);

3^o Infine, di adempiere diverse obbligazioni particolari che sono state anteriormente indicate o che il saranno nel prosieguo di questo riassunto (Veg. i numeri XVI in fine, XVII, 2^a classe — 1^a; XVIII — 1^a; XXIII, ecc.). Egli è soprattutto obbligato, quando la tutela diviene vacante o si trova abbandonata per l'assenza del tutore, a provocare la nomina di un nuovo tutore (art. 424 [346]).

La tutela surrogata cessa quando la tutela cessa in un modo assoluto; ossia, per la morte naturale o civile, per la maggior età, o per l'emancipazione del minore. In quanto alle cause che producono un cambiamento di tutore surrogato, si sa che la loro indicazione appartiene alla sezione seguente.

SEZIONE III.

Regole comuni al tutore ed al tutore surrogato.

XXI. — Diverse cause rendono legalmente incapace di esercitare la tutela e la tutela surrogata, e tolgono per conseguenza ogni dritto *Marcadé T. I.*

a queste funzioni; altre tolgono questo stesso diritto per *indegnità*; altre infine, nel lasciar sussistere il dritto alle funzioni, permettono di *dispensarsene*.

Delle cause d'incapacità. — Esistono cinque cause d'incapacità delle tutele e delle tutele surrogate. Sono incapaci:

1^o I minori, ad eccezione de' genitori legittimi del pupillo;

2^o Gli interdetti;

3^o Le donne maritate, eccetto la madre e le altre ascendenti. Abbiamo veduto che la madre è di pieno dritto tutrice legale de' suoi figli. Le altre ascendenti non hanno mai questo privilegio; ma possono esser nominate, sia alla tutela dal superstite de' genitori, o dal consiglio di famiglia, sia, alla tutela surrogata, da questo stesso consiglio;

4^o Tutti quelli che hanno o i cui genitori hanno, attualmente, col minore una litis che comprometta sia lo stato, sia, in tutto o in gran parte, la fortuna di questo minore;

5^o Per ciascuna tutela in particolare, due parenti o affini del minore, nella stessa linea, non possono essere in pari tempo tutore e tutore surrogato. La legge eccettua solo il caso di due fratelli germani o mariti di sorelle germane. Da ciò segue che quando si nomina un curatore al ventre alla donua che si dice incinta, questo curatore dovendo essere di pieno dritto il tutore surrogato quando la madre sarà tutrice, dev'essere scelto o nella linea paterna, o fra gli estranei (articolo 412, 423 [365, 345]).

Di queste cinque cause d'incapacità, ce n'ha due, l'interdizione e l'esistenza di un giudizio, che possono sopraggiungere durante il tempo delle funzioni di tutore o di tutore surrogato; è chiaro ch'esse farebbero allora cessare queste funzioni, nella stessa guisa che impediscono loro d'incominciare quando esistono *a priori*.

XXII. — *Delle cause d'indegnità.* Le cause che rendono indegno di esser tutore o tutore surrogato, sono al numero di quattro.

Sono dichiarati indegni dalla legge: 1^o Coloro che sono stati condannati ad una delle cinque pene infamanti che non producono la morte civile: i Lavori forzati a tempo, la Detenzione, la Reclusione, il Bando e la Degradazione civica (1);

2^o Quelli a cui una sentenza correzionale ha specialmente interdetto l'esercizio delle funzioni di tutore;

3^o Le persone di una sregolata condotta notoria;

4^o Coloro la cui incapacità o infedeltà sono attestate sia dalla gestione medesima della tutela o della tutela surrogata onde si tratta,

(1) Vedi la nota (1) pag. 582. (Nota del trad.)

sia da ogni altra gestione attuale o recente. (Un caso d'infedeltà formalmente dalla legge preveduto, si è quello del tutore legittimo o testamentario che ha trascurato, a disegno o per dolo, di far convocare il consiglio di famiglia per la nomina del tutore surrogato).

Le due prime cause d'indegnità operano di pieno dritto; le due altre debbono esser riconosciute e giudicate dal consiglio di famiglia (art. 443, 444, 421 [366, 367, 313]).

XXIII. — Questo consiglio è convocato dal giudice di pace, sia di uizio, sia sulla domanda del tutore surrogato o di un parente o affine del pupillo, fino al grado di cugino germano inclusivo. (Il tutore non potrebbe, reciprocamente, fare questa domanda, quando si trattasse dell'indegnità del tutore surrogato).

La deliberazione del consiglio di famiglia dev'esser motivata e non può prendersi se non dopo di aver inteso o chiamato il funzionario cui si tratta di colpire. Se il funzionario aderisce alla deliberazione, se ne fa menzione nel processo verbale, e colui che il consiglio di famiglia ha designato in sua vece entra tosto in funzioni.

Che se il funzionario reclama, l'omologazione della deliberazione si domanderà al tribunale di prima istanza, il quale pronunzierà salvo appello alla corte. Il giudizio si fa, o a diligenza del tutore surrogato quando è diretto contro il tutore, o, in tutti i casi, a diligenza dell'uno de' membri del consiglio. Il funzionario colpito dal consiglio può egli stesso citare avanti questo tribunale il tutore surrogato o i membri del consiglio, per farsi mantenere nelle sue funzioni. Durante tutto il giudizio e fino alla decisione del tribunale, o della corte se vi ha appello, il funzionario dichiarato indegno continua le sue funzioni, salvo che il consiglio di famiglia, o dopo di lui il tribunale, l'abbiano colpito di una sentenza dichiarata esecutoria provisionalmente. Le spese son messe a carico del funzionario, quando soccombe; se la causa si perde dalla famiglia, le spese possono sopportarsi, secondo le circostanze, o da lei, o dal minore (art. 446-449 [369, 372]).

XXIV. — Quando l'una delle cause d'indegnità (sia che operi di pieno dritto, sia che debba giudicarsi dalla famiglia) colpisce un funzionario che non era ancora entrato in funzioni (il che è possibile solo pel tutore, ed unicamente nel caso di tutela legittima o testamentaria), si dice in questo caso che vi ha *esclusione*; quando colpisce un funzionario già in esercizio, vi ha *destituzione*.

Del resto, non v'ha destituzione quante volte il consiglio di famiglia ritira la tutela o la tutela surrogata. Questo consiglio può,

quando l'interesse del pupillo lo richiede, sostituire il funzionario attuale, tuttochè verun rimprovero di sregolata condotta, d'infedeltà o d'incapacità gli si possa rimproverare. La legge ne dà un esempio nel caso della tutrice legale che consulta il consiglio di famiglia sul suo secondo matrimonio. Nonpertanto, fuori di questo caso preveduto dalla legge, questo pieno potere non appartiene al consiglio di famiglia se non per le funzioni a cui esso medesimo ha nominato (art. 445 [368]).

XXV. — *Delle cause di dispensa.* Le funzioni di tutore e di tutore surrogato sono considerato come cariche pubbliche, ed altri non può scusarsene se non per l'una delle cause specialmente dalla legge indicate. Fra le cause di scusa, ce n'ha alcune che dispensano soltanto dall'assumersi la funzione; altre permettono dippiù, di esimersi dalla funzione che già si esercita. Per distinguerle, diremo, che in un caso vi ha semplice *dispensa*, e nell'altro *esonerazione*.

Beninteso, non v'ha mai esonerazione possibile se non per una causa sopraggiunta dopo l'accettazione della funzione; che l'accettazione fatta quando la causa di scusa esiste già è una rinuncia a questa scusa. Similmente, vi ha rinuncia ad una causa di dispensa quando si è lasciato decorrere il termine in cui doveva proporsi.

Dal consiglio di famiglia, salvo ricorso ai tribunali, sono giudicate le cause di dispensa o di esonerazione. I reclami di dispensa debbono proporsi da funzionari che nomina il consiglio (tutori dativi e tutori surrogati) all'istante medesimo della loro nomina se vi assistono; altrimenti, nel termine di tre giorni a partire dalla notificazione ad essi fatta della loro nomina, più un giorno per tre miriametri di distanza tra il domicilio del funzionario ed il luogo dell'apertura della tutela. In quanto a tutori legittimi o testamentari, debbono reclamare nello stesso termine a partire dalla cognizione da essi acquistata della loro qualità di tutori. Se, prima di spirare questo termine venisse convocato il consiglio, ed il tutore legittimo o testamentario assistesse a quest'assemblea, sia da questa prima riunione dovrebb'egli reclamare, per analogia di ciò che la legge dice del tutore dativo (art. 438, 439 [360, 361]).

XXVI. — Esistono sette cause legali di dispensa, tre delle quali son pure cause di esonerazione; indichiamo queste in prima:

1° Certe dignità e funzioni, indicate le più dal senato-consulto del 18 maggio 1814 e dalla legge del 16 settembre 1807; indi il servizio militare, ed ogni missione del governo fuori del territorio francese, sono una causa assoluta di dispensa. Dippiù, ogni fun-

zione pubblica, quale si sia, dà dispensa per le tutele o tutele surrogate stabilite in un dipartimento che non sia quello in cui la funzione si esercita (art. 427, 428 [349, 350]).

Quando questa causa non si realizza se non nel corso di una tutela o di una tutela surrogata già accettata, la ne permette la esonerazione; ed ei basta di reclamare nel mese a far tempo dal dì in cui la causa è nata. Ma allo spirar delle funzioni, de' servigi o delle missioni, la tutela o la tutela surrogata che durasse ancora potrebbe venir di nuovo imposta al funzionario esonerato (art. 431 [353]).

Quando la missione articolata come scusa non è autentica e la si contesta, il reclamante deve giustificarla con un certificato del ministro (art. 429 [351]).

2° *L'età*. — È lecito farsi dispensare a sessantacinque anni compiuti; ed a settanta incominciati, farsi esonerare; ei non v'ha termine fatale per proporre questa causa di esonerazione (art. 433 [355]).

3° *Le infermità*. — Ogni infermità abbastanza grave è una causa di dispensa. L'infermità che sopraggiunge o che si aumenta dopo l'accettazione forma una causa di esonerazione che non ha d'uopo, come non ha la precedente, di venir proposta in termine stabilito (art. 434 [356]).

Le quattro ultime cause non producono per principio che una semplice dispensa; ma ce n'ha una, però, che può talvolta dar luogo ad una esonerazione.

4° *Il numero delle tutele o delle tutele surrogate*. — Due tutele o tutele surrogate dispensano dallo accettarne una terza; la qualità di coniuge o di padre legittimo conta per una, e dispensa quindi dallo accettarne una seconda, eccetto, beninteso, quella de' figli. Ma colui che ha accettato tre tutele o tutele surrogate, o che ne ha due col titolo di coniuge o di padre, non può farsi esonerare dall'una di esse; tuttavia colui che, incaricato di due tutele o tutele surrogate, si trovasse indi chiamato alla tutela legale de' suoi figli, potrebbe farsi esonerare da una delle due prime funzioni (art. 435 [357]).

5° *Il numero de' figli*. — Cinque figli legittimi attualmente nati e viventi, o morti in attività di servizio all'armata, o infine sostituiti da discendenti, danno una causa di dispensa, per ogni tutela o tutela surrogata che non sia quella di questi figli o discendenti (art. 436 [356]).

6° *Il sesso*. — Abbiám veduto che per le donne in generale il sesso è una causa d'incapacità; per la madre e per le altre ascendenti, è una causa di dispensa (art. 442 [363]).

7° Infine, l'esistenza, entro un raggio di

quattro miriametri dal luogo ove si stabilisce la tutela o la tutela surrogata, di qualche parente o affine del minore capace di adempiere la funzione che si vuol conferire ad un estraneo, permette a costui di non accettare tal funzione; questa istessa circostanza però non gli permetterebbe di farsene esonerare dopo di averla ricevuta (art. 432 [354]).

XXVII. — Il consiglio di famiglia, che è nell'obbligo di ammettere le cause di dispensa o di esonerazione precisate dal legislatore, ha sempre la facoltà d'ammettere ogni altra scusa; ma quando la scusa, non iscritta nella legge, sarà rigettata dal consiglio di famiglia, i tribunali non avranno il dritto di ammetterla.

Quando vi sarà, dal canto del funzionario, cui il consiglio di famiglia ha rigettato le scuse, reclamo a' tribunali, questo funzionario rimarrà tenuto ad amministrare provvisoriamente durante la lite. Se egli soccombe, sarà condannato alle spese; se perde il consiglio, il tribunale potrà, secondo le circostanze, metterle a carico o di esso consiglio, o del minore (art. 440-441 [362, 363]).

CAPITOLO II.

DELL'EMANCIPAZIONE.

XXVIII. — L'emancipazione è l'atto con cui il minore vien sottratto alla patria potestà ed alla tutela, ed acquista il dritto di governare la sua persona ed amministrare i suoi beni.

XXIX. — *Condizioni e forme dell'emancipazione*. — L'emancipazione è tacita o formale.

L'emancipazione tacita, o legale, è quella che ha luogo di pieno dritto, per effetto del matrimonio del minore. Nella mente del legislatore, lo stato del matrimonio è talmente incompatibile con la sottomissione alla patria potestà o al potere tutelare, che coloro che consentono al matrimonio del pupillo non potrebbero impedire la sua emancipazione col mezzo di una clausola speciale. Questa emancipazione ha dunque luogo senza veruna forma particolare (art. 476 [399]).

L'emancipazione formale è quella che risulta dalla dichiarazione espressa delle persone a cui si appartiene il dritto di emancipare. Queste persone sono: 1° il padre; 2° la madre, in mancanza del padre; e 3° in mancanza de' genitori, il consiglio di famiglia. I genitori possono emancipare il figlio sin dall'età di quindici anni; il consiglio di famiglia nol può che a diciotto (art. 477-478 [400, 401]).

Il dritto passa alla madre in mancanza del padre, ossia quando questo padre è 1° mor-

to, 2° dichiarato assente, o 3° decaduto dalla patria potestà; indi ancora (ma soltanto quando il figlio ha dieciotto anni, affin di non nuocere all'usufrutto legale del padre) quando questo padre è 4° interdetto, o 5° presunto assente. Il dritto appartiene al consiglio di famiglia quando i genitori sono entrambi nell'una delle cinque circostanze (ivi).

I genitori emancipano con una semplice dichiarazione ricevuta dal giudice di pace assistito dal suo cancelliere. Il consiglio di famiglia conferisce l'emancipazione merco una deliberazione che l'autorizza, ed in virtù della quale il giudice di pace, presidente del consiglio, dichiara, nello stesso atto, che il minore è emancipato (ivi).

La convocazione del consiglio relativa a tale oggetto può esser domandata dal giudice di pace, dal tutore o da qualche parente o affine del minore fino al grado di cugino germano inclusivo. Il giudice di pace può anche convocare di ufficio (art. 479 [402]).

XXX. — *Effetti dell'emancipazione.* Tosto che è emancipato, il minore è provveduto di un curatore che gli rimane sino alla fine dell'emancipazione.

Questo curatore è legittimo o dativo. Vi ha luogo alla cura legittima 1° pel figlio emancipato da' suoi genitori ancora maritati o esercenti la tutela legale, il quale avrà di pieno dritto per curatore l'autore che lo emancipa; 2° per la donna emancipata col suo matrimonio, che si trova sotto la cura legittima del marito. In tutti gli altri casi, il curatore è nominato dal consiglio di famiglia.

Il curatore, a differenza del tutore, non è mai incaricato di agire, ma solo di assistere il minore che agisce da sè stesso. È responsabile del danno che cagiona al minore sia ricusando di assisterlo, sia assistendolo male; ma non è sottomesso all'ipoteca legale.

Le cause d'incapacità e d'indegnità fermate pe' tutori e pe' tutori surrogati si applicano ancora a' curatori; ma in quanto alle cause di seusa, son lasciate, per costoro, all'arbitrio del consiglio di famiglia e de' tribunali. Qui, come nel caso di tutela, il consiglio ha sempre il dritto di cambiare il curatore, tuttochè non esista veruna causa di destituzione (art. 480 [403]).

XXXI. — La capacità del minore emancipato varia secondo l'importanza degli atti, che si dividono per lui in cinque categorie.

1° CATEGORIA. — Il minore emancipato può far da solo, e con la stessa capacità di un maggiore, tutti gli atti di amministrazione diversi da quelli indicati nel comma seguente. Pertanto può, senza verun bisogno di assistenza, e senza veruna possibilità di restituzione, far degli affitti di novo anni o al di-

sotto; dare quietanza delle sue rendite; vendere le sue raccolte, i suoi beni mobili o i prodotti qualunque del suo lavoro; locare i suoi servigi; intentare un'azione mobiliare, respingerla o prestarvi acquiescenza; acquistar de' mobili o degl'immobili, o impiegare altrimenti le sue economie.

2° CATEGORIA. — Le compré di oggetti mobiliari, la locazione di mbili o d'immobili, di lavori o di servigi ed altri atti di amministrazione con cui l'emancipato si costituisce debitore di somme di danaro, posson farsi sempre da lui solo; ma hanno questo di particolare che le obbligazioni che ne risultano contro di lui posson ridursi da' tribunali, quando sono eccessive e vi ha colpa a rimproverare a coloro che han contrattato col minore.

3° CATEGORIA. — L'assistenza del curatore è necessaria e basta al minore per ricevere e fermare il suo conto di tutela; per ricevere un capitale e darne quietanza; per intentare un'azione immobiliare o respingerla, per accettare una donazione, per introdurre un'azione di divisione; per trasferire una rendita sullo Stato di 50 fr. ed al disotto, ovvero un'azione o una frazione di azione della Banca.

4° CATEGORIA. — Il minore, assistito dal suo curatore, ha d'uopo di adempiere le stesse formalità del tutore di un pupillo, per torre a prestito, anche quando la somma non oltrepassasse un anno di rendite; per alienare un immobile, fosse pur acquistato con le sue economie; per ipotecare, anche quando si trattasse di un'obbligazione validamente contratta da lui solo per la sua amministrazione; per accettare o ripudiare una successione; per prestare acquiescenza ad un'azione immobiliare; per transigere; per alienare una rendita sullo stato di più di 50 fr., od un'azione della Banca.

5° CATEGORIA. — Il minore emancipato non può nè compromettere, nè fare veruna donazione. — Può, in vero, donare per contratto di matrimonio. Ma si è questo un caso affatto estraneo alla nostra materia; poichè questa eccezione è identicamente la stessa pel minore in tutela (art. 481-484 [404-407]).

XXXII. — Il minore emancipato autorizzato a fare il commercio ha, per gli atti relativi a questo commercio, la stessa capacità di un maggiore, e può anche ipotecare i suoi immobili, ma non però alienarli (art. 487 [410]).

XXXIII. — *Come finisce l'emancipazione.* La emancipazione cessa, beninteso, con la maggior età o con la morte del minore; ma può cessare anche vivente lui e prima della sua maggior età.

Quando vi ha luogo a ridurre le obbligazioni di cui si è parlato nel precedente numero, alla seconda categoria, ed anche quando la riduzione non fosse stata pronunziata, vista la buona fede de' contraenti, il minore può esser privato dell'emancipazione dalle persone e nelle forme con cui potrebbe essergli attualmente conferita. Tuttavia, questa revocazione non è possibile pel minore attualmente maritato, o a cui rimangono dei figli del suo matrimonio (art. 485 [408]).

Il minore privato dell'emancipazione non può più essere emancipato formalmente (ma il sarebbe sempre con un susseguente matrimonio); egli rientra adunque in tutela, e fuori il caso di un matrimonio posteriore, non ne può più uscire fino alla sua maggiore età. La tutela sotto cui il figlio si troverà posto sarà, secondo i casi, o la tutela legale de' suoi genitori, o la tutela dativa: 1° quando l'emancipazione è ritirata dall'uno de' congiunti durante il matrimonio, o dal superstite non decaduto dal dritto di tutela legale, sarà egli tutore legittimo del figlio (e dopo di lui, la tutela passerà, secondo le regole ordinarie, o agli ascendenti, o ad un tutore testamentario, o ad un tutore dativo); 2° se, al contrario, l'emancipazione è revocata dal consiglio di famiglia, o anche dal superstite, ma dopo di aver perduto il dritto di tutela legale, si appartiene al consiglio di famiglia di nominare un tutore (art. 486 [409]).

CAPITOLO III.

DEL CONSIGLIO DI FAMIGLIA.

XXXIV. — Siccome si è veduto ne' due capitoli precedenti, il consiglio di famiglia è un'assemblea deliberante incaricata in generale di nominare, escludere, destituire, dispensare o esonerare i tutori, i tutori surrogati e curatori; di autorizzarli a fare certi atti; di sorvegliare e verificare la gestione del tutore; e di dare il suo avviso sulle diverse circostanze della tutela o della cura.

XXXV. — *Composizione del consiglio di famiglia.* Il consiglio si compone del giudice di pace che ne è di dritto membro e presidente; indi di sei persone da lui scelte secondo le regole seguenti:

Il giudice di pace deve chiamare i tre più prossimi parenti o affini paterni, ed i tre più prossimi parenti o affini materni del minore. Tra un parente ed un affine dello stesso grado, il primo è preferito al secondo; tra due parenti, o tra due affini, prevale il più provetto in età. In mancanza o in caso d'insufficienza di parenti o di affini di una delle linee si chiama uno o più amici de' genitori; che non è mai permesso di completare una

linea con parenti o affini dell'altra. In quanto a' parenti o affini appartenenti alle due linee, possono chiamarsi nell'una o nell'altra, a scelta del giudice di pace. Il figlio naturale non avendo mai altri parenti all'infuori del padre o della madre che l'hanno riconosciuto, il suo consiglio non comprenderà mai altri parenti, tranne costoro. In quanto a quello che non fosse stato riconosciuto, il suo consiglio si comporrebbe esclusivamente di estranei cogniti, non più come amici de' genitori, ma come quelli che portino interesse al figlio medesimo.

La regola che stabilisce a sei il numero de' membri del consiglio, indi quella che vuole che il parente sia preferito all'affine dello stesso grado e che tra due parenti o due affini di grado eguale prevalga il più provetto in età, spariscono quando si tratta di fratelli germani, o di mariti di sorelle germane; essi hanno il privilegio di essere sempre membri del consiglio. Pertanto, quando sono sei, sette o più, vengono chiamati tutti e non si chiamano che essi, malgrado la presenza di altri parenti o affini dello stesso grado o più provetti in età di essi (per esempio, degli avoli o congiunti di avoli).

Gli ascendenti scusati dalla tutela e le ascendenti non possono essere astretti a far parte del consiglio di famiglia. Debbon però (purchè le ultime sieno vedove e non rimarrate) esservi chiamati, ma come membri onorari soltanto; in guisa che sono liberi di non presentarsi e si può ben deliberare malgrado la loro assenza. Gli ascendenti non scusati possono, come ogni altro parente, esser membri titolari e forzosi; che se nol sono, debbono esser pure chiamati come membri onorari.

Del resto (ed è questa un'osservazione importantissima), il giudice di pace ha la scelta, per l'applicazione delle regole indicate ne' tre commi precedenti, di rinchiudersi entro un raggio di due miriametri dal luogo ove la tutela è aperta, senza tener verun conto de' parenti o affini domiciliati al di là; o di procedere in un modo assoluto e tenendo conto di tutti i parenti ed affini, a qualunque distanza sieno essi domiciliati. In quanto agli amici, non possono chiamare se non quelli che abitano nello stesso comune (art. 407—410 [328—331]).

XXXVI. — Sonovi certe persone che la legge vieta di far entrare nella composizione del consiglio di famiglia. Esse sono:

In prima le quattro classi di persone che abbiamo vedute incapaci di esser tutori, tutori surrogati o curatori (n° XXI);

5° Quelle che un consiglio di famiglia ha escluse o destituite da una tutela, da una tutela surrogata o da una curatela;

6. Quelle che sono state condannate all'una delle cinque pene infamanti indicate al n. XXII — 1.° (1);

7. Quelle a cui una sentenza correzionale ha specialmente interdetto il dritto di voto nelle assemblee di famiglia (art. 445 [368]).

Il tutore ed il tutore surrogato votano nel consiglio quando ne sono membri; ma il primo non può votare quando si tratta di nominare o di destituire il secondo (articolo 426 [348]).

XXXVII. — Convocazioni e deliberazioni del consiglio. — Quando la formazione di un consiglio di famiglia ha luogo per l'apertura di una tutela legittima o testamentaria, deve il tutore domandare al giudice di pace la convocazione di questo consiglio. Quando, all'incontro, si tratta di una tutela dativa o di una cura, o quando il tutore legale o il testamentario ha trascurato di domandare la convocazione, il consiglio (se non esisteva già) è convocato o a richiesta de' parenti del minore, de' suoi creditori o di altre parti interessate, o di ufficio dal giudice di pace: ogni persona, in questo caso, è chiamata a far conoscere a questo magistrato la circostanza che dà luogo alla convocazione (art. 406 [327]).

Adunque il giudice di pace è quello che convoca sempre il consiglio. Ma bisogna sapere qual è, ne' diversi casi, il giudice di pace competente. Questo punto è tanto più importante in quanto che presso questo giudice di pace, o al luogo da lui scelto, terrà il consiglio le sue sedute, ed il luogo delle sedute forma il punto di partenza de' due miriametri in cui questo giudice di pace può rinchiudersi per iscegliere i membri del consiglio. Questo punto determina adunque ad un tempo e la presidenza, e la sede, e la composizione istessa dell'assemblea. Or, ecco le regole che sembrano risultare dallo spirito della legge, in questa materia.

Finchè vi ha tutela legittima o testamentaria, sempre il giudice di pace del domicilio attuale del minore (e quindi del tutore) è il solo competente; di tal che, ogni volta che questo tutore muterà di domicilio, vi sarà luogo a convocazione di un nuovo consiglio da parte del magistrato del nuovo domicilio. Nella tutela dativa, al contrario, è competente per tutta la durata di questa tutela e delle tutele susseguenti, il giudice di pace del domicilio che il minore si trova di avere al momento che gli si nomina il primo tutore dativo; quivi rimarrà la sede del consiglio fino alla maggior età, alla morte, o al-

l'emancipazione del minore (art. 410 [331]).

Quando il minore è emancipato, si presenta una stessa distinzione. Finchè il consiglio non ha avuto a nominare un curatore (perchè si tratta di un'emancipazione conferita da un padre o da una madre esercenti la cura legale, o dell'emancipazione mediante matrimonio di una figlia al marito della quale questa cura legale appartiene), la competenza del giudice di pace, e quindi la composizione e la sede del consiglio, seguiranno il domicilio dell'emancipato; all'incontro, tostochè vi sarà stata nomina di un curatore, il consiglio chiamato a nominarlo non varierà più fino alla fine dell'emancipazione (art. 480 [403]).

XXXVIII. — Il modo legale di convocazione del consiglio consiste in una citazione notificata tre giorni franchi prima di quello della riunione, più, per le parti che abitassero al di là di due miriametri, un giorno per tre miriametri tra il luogo del loro domicilio e quello della riunione. Gli individui regolarmente citati son tenuti a comparire o personalmente, o mediante un procuratore che non può rappresentare ad un tempo più membri del consiglio. Ogni membro, legalmente convocato, che non comparisce deve, salvo una accusa la cui legittimità è abbandonata alla valutazione del giudice di pace, esser condannato ad un'amenda che non può eccedere 50 fr. (2); questa condanna è senza appello, ma è suscettiva di opposizione (art. 411—413 [332—334]).

In questo caso di assenza di uno o più membri, con iscusata legittima o senza, il giudice di pace ha la scelta o di deliberare (se gli altri membri sono al numero richiesto), o di rimettere la riunione ad un altro giorno indeterminato o su da ora fissato. Questa facoltà di aggiornare o di prorogare l'assemblea gli è data generalmente per tutti i casi in cui l'interesse del minore gli sembra esigerlo (art. 414 [335]). La convocazione può benissimo farsi per lettera missiva, o verbalmente o senza l'osservanza dei termini legali; ma in questo caso, i membri assenti non incorrerebbero nell'amenda indicata di sopra e la non comparita d'un solo impedirebbe la deliberazione (art. 413 [334]).

I membri onorari non possono mai subire l'amenda.

XXXIX. — Quando i membri son legalmente convocati, il consiglio può deliberare, se i tre quarti dei membri titolari (non compreso il giudice di pace) sieno presenti (articolo 415 [336]).

(1) Vedi la nota (1) pag. 617 (*Nota del traduttore*).

(2) La multa presso noi non potrà eccedere i ducati dieci (*Nota del traduttore*).

Per principio, le risoluzioni debbono prendersi alla maggioranza assoluta dei suffragi, ossia che un'opinione non può prevalere se non quando ha per sé più della metà dei voti; ma quando le opinioni contrarie hanno un numero eguale di suffragi, il voto del giudice di pace è preponderante. Se si formano tre opinioni o più, due delle quali presentino ciascuna maggiori suffragi dell'altra o di ciascuna delle altre, il giudice di pace deve chiamare un nuovo membro, che è tenuto ad associarsi all'una delle opinioni anteriormente emesse, il che potrà dare le due opinioni più numerose di cui abbiamo testè parlato. Che se si formano tre opinioni o più, aventi ciascuna uno stesso numero di voti, ovvero se, dopo l'aggiunzione di un nuovo membro esistono diverse opinioni meno numerose ed una sola più numerosa di ciascuna delle altre, ma che non ha ancora la maggioranza assoluta; allora, come non esiste verun mezzo di giungere a questa maggioranza assoluta, fa d'uopo contentarsi della maggioranza relativa, ossia che quella opinione prevalerà, la quale avrà più voti di ciascuna delle altre, o in caso di opinioni eguali di voti, avrà per sé il voto preponderante del giudice di pace (ivi e 416 [337]).

Quante volte una risoluzione non viene presa all'unanimità; l'avviso di ciascun membro deve, in eccezione alla regola generale, menzionarsi nel processo verbale (art. 448 [371]).

XL. — Oltre delle circostanze in cui le decisioni del consiglio di famiglia ledono l'interesse d'un terzo (come quando si tratta di scuse, di esclusioni o destituzioni di tutori, di tutori surrogati o curatori), queste decisioni possono impugnarsi:

1° Come prese in violazione delle regole relative alla composizione, alla convocazione o al modo di deliberazione del consiglio: questa causa di nullità è abbandonata alla valutazione dei giudici e può esser proposta dai tutori, dai tutori surrogati o dai curatori e da tutti i membri del consiglio;

2° Come contraria all'interesse del minore; esse non possono allora impugnarsi se non dai tutori, dai tutori surrogati o dai curatori, e da que'membri che sono stati d'un avviso contrario alla risoluzione.

In tutti i casi sebbene il consiglio di famiglia sia una specie di tribunale domestico, non forma però un primo grado di giurisdizione, e la sentenza resa sul reclamo da parte del tribunale di prima istanza è sempre suscettiva di appello (art. 448 [371]).

(1) Presso noi la sola condanna ai ferri, alla reclusione produce la perpetua interdizione legale: la condanna poi alla relegazione la produce sol-

TITOLO XI

Della maggior età, dell'interdizione e del consulente giudiziario.

(Decretato il 29 marzo 1803. — Promulgato l'8 aprile).

La legge, in questo titolo, continuando a seguire le persone dopo la cessazione della loro minor età, giunge a determinare quali individui sono maggiori (cap. 1, della *Maggior età*); e senza entrare, in quanto a questi maggiori, in un'esposizione di regole inutili a indicare qui (poichè la maggior età ci pone nel dritto comune), si occupa di regolare l'incapacità più o meno completa di cui crede doverli colpire eccezionalmente, sia per l'assenza o l'infievolimento delle facoltà intellettuali, sia per una funesta tendenza a folli spese (cap. 2, dell'*Interdizione*, e cap. 3 del *Consulente giudiziario*).

CAPITOLO PRIMO

NELLA MAGGIOR ETÀ¹.

488 [411]. — La maggior età è stabilita agli anni ventuno compiuti. Questa rende capace di tutti gli atti della vita civile, salva la restrizione stabilita nel titolo del matrimonio.

N. B. — Questo articolo è stato spiegato in pari tempo dello art. 388 [311]. La restrizione che rammenta pel caso di matrimonio esiste ancora pel caso di adozione (art. 346 [270]).

CAPITOLO II.

DELL'INTERDIZIONE.

La legge si occupa qui unicamente dell'interdizione giudiziaria, pronunziata da tribunali civili. Sappiamo che esista inoltre un'interdizione *legale*, che ha luogo di pieno dritto, per effetto di ogni condanna all'una delle tre pene afflittive ed infamanti che non producono morte civile, cioè: i lavori forzati a tempo, la detenzione e la reclusione. Questa interdizione legale, come l'interdizione giudiziaria, dà luogo alla formazione di un consiglio di famiglia, ed alla nomina di un tutore e di un tutore surrogato; produce ancora gli altri effetti dell'interdizione giudiziaria, salvo le differenze che indicheremo alla fine di questo capitolo (C. pen., art. 28) (1).

tanto per altrettanto tempo dopo espulsa la pena per quanto è dovuta (art. 47 e 48 delle *leggi penali*). Vedi la nota (1) pag. 682. (*Nota del tradutt.*)

In quanto all'interdizione, legale ancora, che risulta, durante i cinque anni di grazia, dalla condanna contumaciale ad una pena che produce morte civile, si sa che confida il governo de' beni dell'interdetto all'amministrazione de' demani.

449 [412]. — Il maggiore il quale ritrovasi in uno stato abituale d'imbecillità, di demenza o di furore, dev'essere interdetto, quand'anche un tale stato offerisse de' lucidi intervalli.

I. Tre cause soltanto permettono l'interdizione giudiziaria di un individuo, e queste tre cause si riducono ad una, la privazione delle facoltà intellettuali. Infatti, l'imbecillità è lo stato di una mente che non ha la forza di concepire; proviene da un'organizzazione incompleta o logorata. La demenza è lo stato di un'intelligenza che concepisce, e concepisce ordinariamente molto, ma che non ha se non idee sregolate; essa proviene dall'alterazione dell'organismo. Infine, il furore non è che la demenza medesima, in quanto mena ad atti pericolosi e violenti. La demenza si nomina comunemente *folia*; ed il furore *folia furiosa*.

Sebbene il nostro articolo parli solo dei maggiori (perchè si occupa de' *eo quod plerumque fit*), può egualmente applicarsi a' minori emancipati ed anche a' minori non emancipati, se questa misura fosse necessaria. — Osserviamo in prima che l'interdizione di un minore non emancipato non sarebbe senza effetto, come a prima giunta potrebbesi credere: il pupillo, col consenso di certe persone, può maritarsi; e dopo sedici anni può fare il suo testamento; or l'interdizione gli torrebbe questi dritti. Laonde, l'oratore del Governo avanti il Corpo legislativo diceva: *Poter accadere che una persona sia in tutela all'epoca della sua interdizione, allora ecc.* (Fenet, t. X, p. 712). Ed ecco perchè il Consiglio di Stato, rigettò un articolo del progetto che portava: « La provocazione d'interdizione non è punto ammessa contro i minori non emancipati, sibiene contro i minori emancipati » (*Ivi*, t. II, p. 96, art. 39).

490 [413]. — Ogni parente è ammesso a provare l'interdizione di un suo parente. Lo stesso ha luogo per l'uno de' coniugi riguardo all'altro (1).

I. — Si comprende che se l'interdizione di un marito vien domandata dalla moglie,

ella deve, prima di agire, farsi autorizzare dal magistrato (art. 215 [201]). Avrebbe del pari d'uopo dell'autorizzazione, o del marito, o del magistrato, per respingere la domanda diretta contro di lei da tutt'altri che dal marito.

491 [414]. — In caso di furore, se l'interdizione non è domandata nè dal coniuge nè da parenti, debbe esserlo dal procuratore dell'impero, il quale può anche dimandarla in caso d'imbecillità o di demenza contro una persona che non avesse nè coniuge nè parente conosciuto.

I. — Ne' casi d'imbecillità e di demenza, vi ha pel pubblico ministero, semplice facoltà di agire, e pure questa facoltà esiste sol quando non vi sono nè coniuge nè parenti. Nel caso di furore, all'incontro, come allora la sicurezza pubblica è compromessa, vi ha per lui dovere di provocare l'interdizione, malgrado l'esistenza di parenti e di un coniuge che trascura di farlo.

II. — E evidente che niuno potrebbe, per convenzione, porsi in uno stato d'interdizione; lo stato delle persone non dipende dalla volontà privata, ed un simile contratto sarebbe nullo come contrario a' buoni costumi (arresto di Cassazione, del 7 settembre 1808).

Ma bisogna forse concludere, con Merlin (Rep., v° *Interdizione* § 3), Duranton (III — 724) e Zachariae (I, p. p. 253), che un individuo non potrebbe provocare da sè stesso la sua interdizione? . . . Evidentemente no. Che vi ha mai di comune tra lo interdirti da sè stesso ed il pregare l'autorità competente ad esaminare se vi ha luogo all'interdizione? Ove sta l'ombra di un'immoralità nel fatto di un infelice che, privato di parenti che provochino l'azione del tribunale, profitta di un lucido intervallo per domandare di esser garantito contro la sua propria incapacità? Quando nel 1808, l'italiano Benedetto Galli fece la sciocchezza di andare ad interdirti con atto notarile, ed il tribunale di Parma commise l'incredibile abuso di dichiarare un tale atto valido, la Corte suprema dovè annullare una tale sentenza: *atto che (si è il suo unico motivo) non si può derogare per convenzione alle leggi che regolano lo stato de' cittadini*; ma se fosse stato il tribunale che avesse pronunziata l'interdizione dopo il voluto esame, ove sarebbe stata l'immoralità? Laonde, malgrado l'insistenza del procuratore generale Merlin, la Corte si guardò bene dal dichiarare che niuno poteva provocar da sè stesso la propria interdizione.

(1) Questo articolo è così redatto nelle nostre leggi civili: — « L'interdizione può dimandarsi

« dal coniuge e da ogni parente ». (Nota del trattatore).

È ben vero che la legge non classifica l'interdetto fra le persone che possono agire; ma gli è che non accadrà quasi mai che un povero folle, ne' suoi lucidi intervalli, abbia tanta filosofia da non arrisorse della sua sventura: *De eo quod plerumque fit statutis lex*. Ma se mio fratello o mio cugino, pel solo interesse che hanno come quelli che possono da me ereditare, hanno la facoltà di farmi mettere al coperto da' pericoli che corro, come noi potrei io stesso, quando non ho verun parente o quando i miei parenti non si occupano di me? La sentenza di Parma avea violato nel modo più completo gli art. 6, 492, 493, 494, [7, 415, 416, 417] ecc.; la nostra dottrina non tocca veruna disposizione del Codice.

492 [415]. — Ogni domanda d'interdizione sarà proposta avanti il tribunale di prima istanza (1).

493 [416]. — I fatti d'imbecillità, di demenza o di furore, saranno articolati in iscritto. Quelli che agiranno per l'interdizione, presenteranno i testimoni ed i documenti.

1. L'azione si porta avanti il tribunale del luogo ove è domiciliata la persona da interdursi, e nella domanda fattane al presidente lo attore deve articolare (ossia precisare articolo per articolo) i fatti d'imbecillità di demenza o di furore, ed indicare i testimoni che possono deporre. Deve aggiungere a questa domanda i diversi atti che potessero esser tali da giustificare questi fatti (C. pr., art. 890 [967]).

494 [417]. — Il tribunale ordinerà che il consiglio di famiglia, composto secondo il modo determinato nella sezione IV del capitolo II, sotto il titolo della Minor età, della Tutela e dell'Emancipazione, esponga il suo parere intorno allo stato della persona, di cui è domandata l'interdizione.

1. — Il tribunale può benissimo, anche prima di consultare la famiglia, respingere la domanda, sia come formata irregolarmente (da un semplice affine, per esempio), sia per sembrargli mal fondata. La sola ragione richiederebbe che così fosse; ma inoltre, secondo l'art. 892 [969], C. pr., il tribunale è tenuto ad ordinare la convocazione del consiglio di famiglia di cui parla il nostro articolo, sol quando il rapporto fatto dall'uno de' giudici lo ha chiarito sul valore della domanda, sulla sufficiente importanza de' fatti adottati.

495 [418]. — Chi avrà provocata la interdizione, non potrà far parte del consiglio di famiglia: tuttavia il marito o la moglie, ed i figli della persona di cui fu provocata la interdizione, potranno esservi ammessi senza che abbiano voce deliberativa.

1. — Il consiglio di cui qui si tratta si compone de' sei più prossimi parenti o affini come un caso di minor età; salvo che il coniuge, di cui non poteva esser questione in quest'ultimo caso, debba esservi chiamato prima di ogni altro. Havvi eccezione in questa regola di decomposizione per quelle che hanno provocata l'interdizione; essi se ne sono discostati e con ragione, perchè vi ha da temere che per sostenere la loro prima idea votino nel senso della loro domanda, anche quando la vedessero mal fondata.

Tuttavia, quando la provocazione parte dal coniuge o da' figli, costoro son del pari ammessi nel consiglio, ma senza avervi voce deliberativa; l'importanza de' ragguagli che debbon dare non permette di escluderli.

E poichè il coniuge ed i figli si trovavano avere per l'ammissione nel consiglio un dritto maggiore di quello degli altri parenti, è chiaro che vi saran chiamati con voce deliberativa, quando la provocazione non verrà da essi. Invano direbbero, come Toullier (II-1322), esservi qualche cosa d'immorale nel vedere un coniuge ed i figli votare l'interdizione dell'altro coniuge e de' genitori; chè non v'ha nulla d'immorale a votare, nè a provocare una misura che è di piena protezione per l'infermo; laonde, la provocazione istessa, molto più grave del semplice avviso, è riguardata dalla legge come un dovere imposto alle persone che hanno il dritto di agire, e dell'inadempimento del quale le punisce nello art. 504 [427].

D'altronde, coloro che ammettessero questa falsa idea d'immoralità, debbon vedere un'immoralità ancora maggiore nel fatto di un figlio che provoca l'interdizione del padre; or, se la provocazione gli è permessa, il semplice voto deve adunque esserle a fortiori. Infine (e ciò chiude l'adito ad ogni discussione), il divieto di votare, pe' figli e pel coniuge, era scritto nel progetto (Fenei, t. III, p. 91, art. 10) e fu respinto dal Consiglio di Stato; indi, il tribunato domandò positivamente questo stesso divieto (ivi, t. X, p. 698); e tal domanda fu rigettata una seconda volta. L'opinione di Toullier è dunque un errore certo (2).

(1) Ossia avanti il tribunale civile presso di noi. (Nota del traduttore).

(2) Conf. Duvergier (sopra Toull.); Dijon, 22 Marcadé T. I.

agosto 1826; Rig., 13 marzo 1833; Rouen, 30 novembre 1836 (Dev., 33, 4, 529; 37, 2, 88).

496 [419]. — Ricevuto il parere del consiglio di famiglia, il tribunale interrogherà il convenuto nella camera del consiglio: se egli non vi si può presentare, sarà interrogato nella sua abitazione da uno dei giudici a ciò deputato, coll'assistenza del cancelliere. In tutt' i casi il procuratore dell'impero sarà presente all'interrogatorio (1).

497 [420]. — Dopo il primo interrogatorio il tribunale deputerà, se vi ha luogo, un amministratore provvisorio, affinché prenda cura della persona e de' beni del convenuto (2).

N. B. — Quest'amministratore provvisorio non avendo la qualità di tutore non potrebbe fare se non gli atti di pura amministrazione e non sarebbe sottomesso all'ipoteca legale.

498 [421]. — La sentenza su di una domanda d'interdizione, non potrà essere pronunziata che in pubblica udienza, sentite o citate le parti.

499 [422]. — Rigettando la domanda d'interdizione, il tribunale potrà nondimeno, se le circostanze lo esigano, ordinare che in avvenire il convenuto sia inabilitato a stare in giudizio, transigere, pigliare a prestito, ricevere capitali, farne quietanza, alienare od ipotecare i suoi beni senza l'assistenza di un consulente che verrà nominato nella stessa sentenza.

I. — Quando l'imbecillità e la demenza, comechè reali, non esistono tuttavia ad un grado abbastanza alto per motivare un'interdizione, il tribunale può, nel rigettare la domanda d'interdizione, porre il convenuto sotto l'assistenza di un consulente giudiziario, il cui concorso gli sarà necessario per tutti gli atti che non sono quelli di pura am-

ministrazione. E non soltanto pel manco di ragione, può il tribunale nominare un consulente; il può quante volte le circostanze lo esigano; pertanto un sordo-muto non sapendo nè leggere nè scrivere, e non potendo quindi servirsi dell'intelligenza di cui gode, potrebbe esser sottomesso ad un consulente, tuttochè non potesse essere interdetto (3).

E poichè i tribunali hanno il dritto ne' casi ond'è quistione, di nominare un consulente, segue che la moglie od i parenti avrebbero il dritto di formare una domanda che tenda direttamente non all'interdizione, ma a questa nomina di consulente; chè è evidente che si ha il dritto di domandare ad un tribunale ciò che questo tribunale ha il dritto di accordare. Non può dunque spiegarsi l'opinione contraria di Delvincourt, rigettata del resto da Merlin (Rep., v. *Testamento*) e Zachariae (l. p. 274).

Quando i parenti hanno domandata l'interdizione ed il tribunale pronunzia solo una nomina di consulente, questi parenti non debbono venir condannati alle spese; poichè il risultato prova che hanno avute ragione di chiamar l'attenzione dei magistrati e vi era effettivamente una misura giudiziaria da prendere. Non che aver male agito, hanno compiuto un dovere legale. (Vedi la spiegazione dello art. 513, per completare quella di quest'articolo).

500 [425]. — In caso di appellazione da una sentenza di prima istanza, il tribunale d'appello potrà, se lo giudica necessario, interrogare di nuovo, o far interrogare da un commissario la persona di cui è domandata la interdizione.

501 [424]. — Qualunque sentenza con cui si ordina la interdizione, e la nomina di un consulente, sarà ad istanza degli attori estratta dagli atti, notificata alla parte, ed inserita entro dieci giorni sopra le

(1) Un decreto de' 20 giugno 1827 sanzionò che:
» Art. 4. — « Qualora la persona di cui è doman-
» data l'interdizione, si trovi fuori il territorio
» della provincia o valle del tribunale civile adito
» per lo correlativo giudizio e non possa al me-
» desimo presentarsi, l'interrogatorio prescritto
» nell'art. 449 il. civ. seguirà, dietro analoga sen-
» tenza del tribunale stesso, innanzi ad un giudi-
» ce del tribunale civile della provincia o valle
» della sua actual dimora.

Art. 2. — « Il Presidente del tribunale civile del-
» l'actual dimora della persona da interdirla de-
» stinerà il giudice che deve procedere all'inter-
» rogatorio. Il procuratore regio presso questo
» tribunale sarà presente all'interrogatorio anzi-
» detto, ed il cancelliere del medesimo collegio
» assisterà il giudice incaricato di procedervi.

Art. 3. — « Se gravi motivi sieno di ostacolo

» che l'interrogatorio abbia luogo a norma del-
» l'art. 4 nel caso che quivi è preveduto, il tribu-
» nale civile adito per lo giudizio d'interdizione
» dovrà dal Re implorare il permesso di spedire
» per l'adempimento dell'interrogatorio fuori la
» provincia o valle di sua residenza un giudice u-
» nitamente al regio procuratore ed al cancelliere
» del tribunale medesimo » (Nota del traduttore).

(2) Un decreto de' 24 giugno 1821 prescrisse che
» « finchè dura il giudizio d'interdizione gli ef-
» fetti legali della destinazione dell'amministra-
» tore provvisorio sono gli stessi che gli effetti le-
» gali della dazione del tutore ». (Nota del tra-
» duttore).

(3) Così giudicato il 44 gennaio 1812 da un ar-
» resto della corte di Lione, il quale riformò, con
» ragione, una sentenza che avea interdetto il sor-
» do-muto.

tabelle che debbono essere affisse nella sala di udienza e negli officj de' notaj del circondario.

I. — Quando si tratta di una sentenza, colpita di appello prima che sia affissa, l'affissione non lascia di esser necessaria; chè questa sentenza può esser confermata, e rimanere esecutoria dal dì istesso della sua data. Ogni atto stipulato posteriormente alla sua pronunziazione sarebbe adunque nullo, e quindi, i terzi debbono essere sin da ora avvertiti. Iavano direbbesi che non si può affiggere, e quindi eseguire una sentenza di cui vi ha appello, chè l'affissione non è un'esecuzione, ma semplicemente un mezzo di porre in guardia i terzi.

Come un affisso, che presentasse la lista completa di tutti gl'individui interdetti o provveduti di un consulente nel circondario, sarebbe sovente troppo lungo, si trova d'ordinario bastevole di porre nella sala di udienza del tribunale e negli studi de' notari, un quadro che avverte il pubblico che questa lista si trova su di un registro che è a disposizione di ogni reclamante (1).

502 [425]. — L'interdizione o la nomina di un consulente avrà il suo effetto dal giorno della sentenza. Sarà nullo per diritto qualunque atto fosse stato fatto posteriormente dall'interdetto, e senza l'assistenza del consulente.

I. — La redazione di questo articolo pecca per esser troppo assoluta.

Ed in prima è chiaro che la sentenza non produrrà i suoi effetti se non quando sarà resa dalla corte; o, se emana dal tribunale, quando non fosse colpita di appello, o fosse confermata sullo appello. Pertanto, quando una sentenza d'interdizione è riformata sull'appello, è chiaro che questa sentenza essendo non avvenuta, gli atti dal convenuto stipulati, anche nello intervallo tra la pro-

nunziazione della sentenza e lo appello, restano validi; poichè in dritto, non vi è stata sentenza. Lo stesso avverrebbe se la Corte avesse sostituita l'interdizione con una nomina di consiglio, e se si trattasse di un atto che l'individuo provveduto di un consulente può far da solo. Quando la sentenza è confermata, siccome non si esegue già la decisione che conferma, ma sibbene la sentenza confermata dalla decisione, tutti gli atti posteriori a questa sentenza rimangono nulli. Che se la sentenza avesse rigettata la domanda per intero, e la corte pronunzi la prima l'interdizione o la nomina di un consulente, è evidente che non potrà esser questione di nullità se non per gli atti stipulati posteriormente alla decisione; lo stesso è a dirsi degli atti che possansi fare senza l'assistenza di un consulente, quando il tribunale ha semplicemente dato questo consulente, e la corte sola ha interdetto. È del pari evidente, in quanto alla seconda frase dello articolo, che gli atti posteriori alla sentenza irrevocabile sono nulli tutti, sol quando vi è stata interdizione; se vi fosse stato soltanto nomina di consulente, la nullità non esisterebbe se non per gli atti che richiedessero l'assistenza del consulente.

Il manco di affissione non impedirebbe la nullità degli atti; perciocchè questa nullità è stabilita per l'incapace, e non è questo incapace che ha mancato di fare affiggere, poichè quest'obbligazione è imposta all'attore. D'altronde, il ravvicinamento del nostro articolo con l'articolo precedente prova che la legge non subordina la nullità alla formalità dello affisso, poichè la nullità ha luogo dal dì istesso della sentenza, e basta fare affiggere il secondo giorno. I terzi ingannati dal manco di affisso potrebbero dunque soltanto domandare i danni ed interessi a colui che ha fatto pronunziare la sentenza; perchè ancora, beninteso, l'atto non sia stato stipulato ne' dieci giorni che han seguito questa sentenza; poichè lo attore ha tutto questo

(4) Per colui un decreto de' 29 dicembre 1838 dispose sulla materia in esame quanto appresso:

« Surtò il dubbio se l'art. 424, II. cc. riguardasse tutti i notai della provincia, o quelli soltanto del circondario del domicilio della parte »
« che ha subito l'interdizione, o altro provvedimento del magistrato »

« Considerando che le disposizioni comprese ne' surriferiti articoli mirano all'importantissimo oggetto di agevolare la conoscenza della condizione delle parti contraenti, ed evitar così che in atti nulli o fraudolenti s'incorra: »

« Sulla proposizione del nostro Ministro ecc. »
« Decretiamo: »

Art. 1. — « Le prescrizioni dell'art. 424 II. cc. e dell'art. 84 della legge de' 23 novembre 1819 »
« pel notariato sulla iscrizione nelle tabelle dei »

« notai di coloro che sono interdetti, o a' quali è »
« destinato un consulente giudiziario, o un ammi- »
« nistratore provvisorio, dovranno eseguirsi per »
« gli uffici di tutti i notai della provincia. »

Art. 2. — « I nostri procuratori cureranno di »
« ufficio l'adempimento degli articoli anzidetti, »
« così per le affissioni di tali sentenze nelle sale »
« di udienza, come per la comunicazione delle me- »
« desime alle camere notariali delle rispettive pro- »
« vincie, o per altro abbia a farsi. Avrà pure di »
« ufficio da queste camere la comunicazione di tali »
« sentenze ai notai che ne dipendono. »

Art. 3. — « Non è vietato alle parti interessate »
« di provocare l'adempimento di che trattasi nel- »
« l'articolo precedente. »

Art. 4. — « Ogni disposizione in contrario è ri- »
« vocata ». (Nota del traduttore)

termine per eseguire la sua obbligazione di affiggere (1).

II. — Un'ultima espressione del nostro articolo richiede ancora un'osservazione; ed è quella che qualifica *nulli di dritto* gli atti stipulati dallo incapace. Si potrebbe credere che questi atti fossero nulli propriamente parlando, ossia *non esistenti* in dritto; ma questo sarebbe un grave errore. Tali atti esistono legalmente; sono soltanto viziosi ed annullabili. L'Incapace o i suoi rappresentanti hanno, per domandarne l'annullamento, dieci anni a far tempo dalla cessazione dell'incapacità o dalla morte dello incapace; dopo questo termine, l'annullamento non potrebbe più domandarsi, e gli atti rimarrebbero pienamente validi. Tale è il risultato dello art. 1304 [1258]. Il solo atto colpito di nullità propriamente detta per effetto della interdizione, si è il matrimonio dello interdetto (Vedi cap. 4 del *Matrimonio, osservazioni prelim.*, n. II).

Si sa già che, secondo l'art. 1125 [1079], l'annullamento degli atti dello individuo interdetto o provveduto di un consulente non può domandarsi che da lui, e non mai dallo individuo capace con cui egli avesse contrattato.

Del resto, ciò che diciamo che l'atto è semplicemente annullabile e per dieci anni soltanto, è vero quando l'atto vien impugnato su questo solo motivo che il suo autore era interdetto. Ma se fosse comprovato d'altra parte che lo individuo non aveva la sua ragione al momento preciso che ha fatto quest'atto, è chiaro che sarebbe radicalmente nullo, non esistente; e che quindi, a qualunque epoca si domandasse a' tribunali di riconoscerne la nullità, questa nullità dovrebbe venir proclamata. Ciò non è in alcun modo dubbio, giacchè così sarebbe per dritto comune, anche quando non vi fosse stata interdizione.

503 [426]. — Gli atti anteriori all'interdizione potranno essere annullati, se la causa d'interdizione esisteva notoriamente all'epoca in cui sono stati fatti.

504 [427]. — Dopo la morte di un individuo, gli atti da esso fatti non potranno essere impugnati per causa di demenza, se non ne' casi che si fosse pronunziata o provocata l'interdizione avanti la sua morte, o che la prova della sua demenza risultasse dall'atto stesso che viene impugnato.

I. — Il primo di questi due articoli è una estensione del dritto comune, de' principi ge-

nerali; il secondo, all'incontro, vi arreca una restrizione.

Per dritto comune, un atto può, a qualunque epoca si sia, venir dichiarato nullo, non esistente, in vista del manco di ragione di colui che lo ha consentito; ma occorre, beninteso, che lo attore stabilisca la mancanza di ragione al momento preciso in cui l'atto è stato stipulato. Or, l'art. 503 [426] permette, non più di proclamare la inesistenza dell'atto, ma di annullarlo (nel termine dello articolo 1304) appunto perchè lo stato abituale d'imbacillità o di demenza era pubblicamente conosciuto al momento in cui si è stipulato l'atto. Potrà dunque accadere, in questo caso, che si annulla un atto che, in realtà, era stato stipulato in un lucido intervallo e con piena intelligenza; il motivo di questa disposizione eccezionale e sì severa contro i terzi si è che quegli merita pochi riguardi il quale tratta con un uomo in istato abituale di follia, e che vi ha grave presunzione di aver egli abusato della trista posizione dell'altro. Del rimanente, l'articolo non dice che l'atto sarà annullato, ma che *potrà* esserlo; se adunque il contraente provasse che ha agito di buona fede, che non conosceva punto lo stato abituale dell'altra parte, e che al momento dell'atto questa parte godeva veramente della sua ragione, l'atto dovrebbe esser mantenuto.

Nel caso dello art. 504 [427], al contrario, la legge ricusa agli eredi di colui la cui interdizione non è stata nè pronunziata nè provocata, il dritto di far annullare i suoi atti, anche provando la mancanza di ragione al momento che gli ha fatti; e ciò, per punire questi eredi di non aver provocata l'interdizione. Egli è che infatti, la legge desidera, invoca l'interdizione degli individui privati della loro ragione, come un beneficio per essi stessi ed un mezzo di evitare una quantità di controversie; la persona privata della sua ragione *dev'essere* interdetta (art. 489 [412]), e tal dovere è imposto soprattutto ai suoi genitori ed a' suoi più prossimi parenti. Tuttavia, ci ha un caso in cui la legge è forzata a discostarsi dal suo sistema di punizione, ed è quando l'atto impugnato porta in sè stesso la prova dell'abberrazione di mente; è chiaro che non vi ha mezzo di dichiarare valido un atto simile. Del resto, questa disposizione si rigorosa per gli eredi e tutta di favore pe' terzi, si applica solo agli atti onerosi e non alle disposizioni gratuite; l'art. 901 [817] dichiara che le donazioni ed i testamenti non sono mai validi se non quando emanano da un individuo sano di mente. Questa regola assoluta sottrae le liberalità all'eccezione del no-

(1) Vedi per noi il decreto de' 29 dicembre 1838

riportato nella nota precedente (*Nota del trad.*).

stro articolo e le lascia sotto l'impero del dritto comune; si comprende, infatti, che colui che reclama una liberalità sia trattato meno favorevolmente di colui che invoca un atto oneroso (1).

II. — Poichè i nostri due art. 503 e 504 sono delle eccezioni al dritto comune, non si applicherà dunque qui nè l'uno nè l'altro all'infuori de' casi da essi preveduti. Pertanto che un individuo che non è stato interdetto (non è più dunque il caso dello articolo 503), venga ad impugnare egli stesso (non è più dunque il caso dello art. 504), per causa di demenza, l'atto che ha consentito, si spetterà a lui di provare, con testimoni e merchè qualunque altro mezzo che fosse in suo potere, che non aveva la sua ragione quando stipulò l'atto. La cosa starebbe altrimenti, secondo un'eccezione scritta nella legge del 30 giugno 1838 (di cui daremo l'analisi in seguito del riassunto di questo titolo), se si trattasse di una persona che, senza essere interdetta, si trovava alligata, al momento dell'atto, in uno stabilimento di alienati.

503 [428]. — Se non vi sia appello dalla sentenza d'interdizione pronunziata in prima istanza, o quando venga confermata in appello, si passerà alla nomina di un tutore e di un surrogato tutore, l'interdetto secondo le regole prescritte nel titolo della minore età, della tutela, e dell'emanipazione. L'amministratore provvisorio cesserà dalle sue funzioni, e renderà conto al tutore, quando non lo fosse egli stesso.

I. — Finchè non vi è stato appello, e quando anche si fosse nel termine di questo appello, debbono nominare i tutori ed i tutori surrogati, poichè si può sempre eseguire una sentenza semprechè non si è appellato; che se lo appello sopraggiungesse dopo fatta la nomina, i tutori ed i tutori surrogati sostituirebbero di nuovo l'amministratore provvisorio.

504 [429]. — Il marito è di diritto il tutore della sua moglie interdetta.

(1) Conf. Toullier (II-1363), Grenier (Donazioni, I, 284), Merlin (Rep., v° Testamento, sez. 7), Duranton (III-787), Zachariae (I, p. 264), Colindelle (art. 901, n° 9); Polliers, 27 maggio 1809; 9 ottobre 1809, e 29 nov. 1810; Besançon, 19 dec. 1840; Colmar, 17 giugno 1842; Parigi, 26 maggio 1845; Rouen, 3 mag. 1816; Metz, 26 luglio 1847; Tolosa, 10 febb. 1824; Cassaz. 10 marzo, ecc.

(2) La moglie può esser nominata tutrice; ma il consiglio è libero, come in ogni tutela dativa, di scegliere quel tutore che giudicherà opportuno. Il nostro articolo ha semplicemente rilevato la

I. — Nel caso d'interdizione, la tutela è sempre dativa, eccetto soltanto pel coniuge della moglie interdetta; ei non v'ha mai nè tutela testamentaria, nè, fuori il caso del marito, tutela legale. L'art. 503 [428] vuole che dopo la sentenza, si provvegga alla nomina del tutore, e la disposizione dello art. 506 è la sola eccezione che troviamo a questa regola. Il tribunale avea domandato che si togliesse dallo art. 503 questa parola di nomina, per dar luogo all'applicazione delle regole sulla tutela de' minori; ma questa domanda fu rigettata (Fenet, t. X, p. 701).

507 [430]. — La moglie potrà essere nominata tutrice del marito, ed in questo caso il consiglio di famiglia regolerà il modo e le condizioni dell'amministrazione, salvo alla moglie che si credesse lesa dalla determinazione dello stesso consiglio, il ricorso ai tribunali.

I. — L'interdizione del marito non accresce nè scema per nulla la capacità della moglie. Sia questa moglie nominata o no tutrice (2), è sempre donna maritata, e come tale rimane incapace di stipulare senz'autorizzazione verun atto che la concerna; tutti gli atti per cui le facesse anteriormente d'uopo l'autorizzazione del marito non può oramai stipularli se non con l'autorizzazione del magistrato (art. 222 [211]). Pertanto, non può pretendere, in suo proprio nome, all'amministrazione della commessione, se pur ne esiste una, nè a quella de' suoi beni propri la cui amministrazione apparteneva al marito. Tutti i dritti che appartenevano a questo marito gli appartengono ancora, soltanto il loro esercizio gli è tolto: or, questo esercizio passa, non alla moglie, ma al tutore, sotto la sorveglianza e con l'intervento della famiglia o anche del tribunale, secondo i casi, e secondo le regole sulla tutela de' minori. La moglie non può fare in suo proprio nome ciò che poteva far dapprima; così può, sostituendo l'autorizzazione del marito con quella del magistrato, alienare un immobile suo proprio di cui il marito non ha il godimento.

moglie dall'incapacità di cui si trovava colpita nello art. 442, 3 comma 365: ella rientrava infatti nella regola di questo 3° comma, senza rientrare nella sua eccezione. Il consiglio potrà adunque scegliere la moglie, la madre o un'altra ascendente dello interdetto; ma non vi sarà tenuto altrimenti.

Un arresto di Parigi del 7 gen. 1845, che avea arbitrariamente giudicato il contrario, fu annullato il 27 nov. 1846; e sul rinvio, la corte di Orléans, il 9 agosto 1847, giudicò, come la Corte di cassazione, esser questa pel consiglio una semplice facoltà.

Se è tutrice la moglie, avrà allora l'amministrazione de' suoi beni propri, precedentemente amministrati dal marito; ma l'avrà come tutrice, come mandataria legale del marito; l'avrà allo stesso titolo dell'amministrazione della commissione e de' beni propri del marito; quindi, potrà fare, senza autorizzazione di sorta, come ogni altro tutore, tutti gli atti di quest'amministrazione. In quanto agli atti per cui un tutore ha d'uopo dell'autorizzazione della famiglia (accettazione di donazioni o di successioni, azioni intentate su' dritti immobiliari, ecc.), o anche dello intervento del magistrato (alienazioni o ipoteche d'immobili del marito o della comunione, prestiti, ecc.), la moglie dovrà adempiere le stesse formalità: nè la famiglia nè i tribunali potrebbero dispensarla; ella non è e non può essere che una tutrice.

Che se si trattasse di atti concernenti ad un tempo il marito e la moglie, per esempio, dell'alienazione di un immobile appartenente alla moglie, ma di cui il marito ha l'usufrutto, bisognerebbe ad un'ora 1.° per la nuda proprietà appartenente alla moglie, il consenso *proprio nomine* di costei autorizzata dal magistrato; 2.° per l'usufrutto del marito (che è ancora un immobile, secondo l'art. 526 [449]) l'intervento del tutore (che sarà l'intervento di questa stessa moglie, se essa è tutrice; ma allora come tutrice del marito e *procuratorio nomine*, con autorizzazione del consiglio omologata dal tribunale; indi, l'impiego delle diverse forme richieste, il tutto secondo gli art. 457, 458 e 459 [380, 381, 382]).

Il consiglio di famiglia, nel nominar la moglie tutrice deve, come in ogni tutela dativa, decidere se sarà autorizzata a farsi aiu-

tare da amministratori salariati; se dovrà dare ciascun anno degli statì di situazione; se dovrà vendere, o conservare in natura i tali o tali altri mobili; qual somma potrà torre sulle rendite del marito, o della sua comunione, pel mantenimento e la guarigione del marito, pel di lei proprio mantenimento e per quello de' figli che non avessero beni propri sufficienti; da qual somma incomincerà l'obbligazione di fare impiego delle economie. Che se la moglie si trova lesa da questo regolamento dato dal consiglio di famiglia sulla forma e sulle condizioni della sua amministrazione, potrà domandarne la modificazione a' tribunali.

Del resto, sia o no tutrice la donna, a lei sempre spetterà l'esercizio della patria potestà, co' dritti che ne discendono su la persona ed i beni de' figli minori (V. art. 392 [309], n.° III, art. 384 [310], n.° II).

II.—Quando trovasi il marito tutore legale della moglie, il dritto d'amministrare i costei beni resta annesso alla potestà maritale di lui; in guisa che le sue funzioni di tutore non son relative che a' beni di cui il consiglio di famiglia s'avea riservata l'amministrazione.

508 [451]. — Nessuno, ad eccezione de' coniugi, degli ascendenti e de' discendenti, sarà tenuto di continuare nella tutela di un interdetto oltre dieci anni. Alla scadenza di questo termine, il tutore potrà domandare e dovrà ottenere il suo rimpiazzo.

509 [452]. — L'interdetto è uguagliato al minore, per ciò che riguarda la sua persona ed i suoi beni. Le leggi sopra la tutela de' minori saranno applicabili alla tutela degli interdetti (1).

VII. — La divisione di un'eredità in cui è interessato l'interdetto è a farsi giudizialmente: art. 736 e seg. II. cc.

VIII. — La donazione fatta all'interdetto debbesi accettare dal di costui tutore autorizzato dal consiglio di famiglia, ma dove la non si accettasse da costui o non si trascrivesse l'interdetto non è restituito in intero: art. 859 e 866 II. cc.

IX. — Le persone che hanno contrattato con l'interdetto non possono opporre la sua incapacità: art. 1078, e 1079 II. cc., ma ove mai si provi che il pagamento si sia convertito in di lui vantaggio, allora si può ripetere ciò che si è pagato: articolo 1266 II. cc.

X. — Gli interdetti non sono restituiti in intero quando si sieno osservate le formalità volute dalla legge nelle alienazioni e divisioni di eredità: articolo 1268.

XI. — Gli immobili appartenenti ad un interdetto non possono vendere prima della discussione de' beni mobili, salvo se l'azione si sia intentata prima della interdizione, oppure se debbe procedersi alla vendita di un immobile in comu-

(1) Questo articolo rinviando a diverse disposizioni di leggi, crediamo utilissimo qui accennarle.

I. — L'interdetto ha il suo domicilio presso il suo tutore: art. 113 II. cc.

II. — L'amministrazione del patrimonio di costui deve andar regolato secondo le norme dell'articolo 373 e seg. II. cc.

III. — I suoi beni non possono alienarsi se non previa deliberazione del consiglio di famiglia omologata dal tribunale: art. 380, 381 e 2012 II. cc.

IV. — Le eredità a lui devolute debbonsi accettare col beneficio dell'inventario e previa deliberazione del consiglio di famiglia, e volendosi rinunciare, questa deliberazione dovrà essere omologata dal tribunale: art. 384 693 e 701, II. cc.

V. — Le partite iscritte sul Gran Libro maggiori di ducati 20 annui di rendita non possono essere alienate, trasferite o immobilizzate se non colle forme prescritte dagli articoli 380 e 381 II. cc.: decreto de' 23 marzo 1833.

VI. — Le transazioni su cose appartenenti all'interdetto debbono aver luogo con le formalità prescritte dagli articoli 390 e 1917 II. cc.

I. — Abbiamo, nel titolo del *Matrimonio*, rilevato l'errore del *Zachariae*, il quale fa dire al nostro articolo che l'interdetto è ragguagliato al minore *assolutamente e per tutto*, per guisa che, fra le altre conseguenze, potrebbe l'interdetto, al pari del minore maritarsi col consenso de' suoi ascendenti. Egli è evidente dalla semplice lettura del nostro articolo che l'assimilazione sussiste rispetto alle regole sulla tutela. Se l'interdetto fosse assolutamente ragguagliato al minore, bisognerebbe dunque dire che, fintanto avrà i suoi legittimi genitori, non dovrà esser messo in tutela; che avrebbe il padre l'amministrazione legale de' beni di lui....

L'assimilazione circa alla tutela non è neppure senza eccezione; poichè per l'interdetto non ci ha mai nè tutela legale degli ascendenti, nè tutela testamentaria; poi, siccome questa tutela durar potrebbe 50 o 60 anni, così 10 anni di gestione divengono per gli estranei e pe' collaterali una giusta causa di discarico. Altre eccezioni ancor vi sono al principio del nostro articolo, segnatamente quella dell'articolo seguente.

510 [433]. — Le rendite di un interdetto debbono essere essenzialmente impiegate per addolcire la sua situazione ed accelerarne la guarigione. Secondo i caratteri della sua malattia e lo stato delle sue facoltà, il consiglio di famiglia potrà determinare che venga curato nella propria abitazione, o che sia posto in una casa di sanità, ed ancora in uno spedale.

I. — Si comprende che l'obiettivo preveduto da questo articolo è uno di quelli pei quali il regolamento della famiglia potrà dar luogo a una reclamazione della madre tutrice.

511 [434]. — Quando si tratterà del matrimonio del figlio di un interdetto, la dote o l'assegnamento a titolo di eredità, e le altre convenzioni nuziali, saranno regolate dal parere del consiglio di famiglia, o-

mologato dal tribunale, in seguito alle conclusioni del procuratore dell'impero.

I. — Quando trattasi di maritare (o evidentemente di stabilire in altro modo qualsiasi) il figlio d'un interdetto, spetta al tutore e al consiglio di famiglia di questo interdetto di regolare ed assegnare, come farebbe egli medesimo, le somme o i beni in natura che debban prendersi a tal uopo sul patrimonio di lui, determinandosi dal complesso de' patti nuziali che il figlio consentirà. Ma non incombe loro, beninteso, di consentire al matrimonio; sibbene ad esso il figlio, se è maggiore, se no, a' suoi ascendenti, e se non ha più ascendenti in istato di consentire ed è minore di ventun anno, al suo proprio consiglio di famiglia. A questo figlio medesimo sia solo (se è maggiore), sia coll'assistenza de' suoi ascendenti o del suo consiglio di famiglia (art. 1398 [352]), spetta di consentir egli stesso le sue convenzioni matrimoniali, e d'impiegare i beni che il consiglio di famiglia di suo padre mette a disposizione di lui. Così, p. es. appartiene alla fanciulla che va a marito (ed a lei sola, quandanco fosse minore) di dichiarare, sotto l'assistenza de' suoi ascendenti o del suo consiglio di famiglia, se adotta il regime della dote o della comunione; se non fa veruna donazione al marito, o se consente a favor di lui, de' lucri di sopravvivenza o altre liberalità. Ma il consiglio di famiglia del padre è libero di non dare che 20,000 fr. nel secondo caso in luogo di 30 o 40,000 che ne darebbe nel primo; talchè le diverse clausole del contratto di matrimonio, sebbene fermate dal futuro coniuge, dipendono indirettamente dal consiglio di famiglia del padre: le convenzioni del figlio sono per questo consiglio gli elementi di fissazione del sacrificio da consentire. In questo senso dirassi con verità che esso consiglio concorre a regolare siffatte convenzioni.

512 [435]. — L'interdizione cessa col cessar delle cause per le quali fu determinata. La revocazione però non sarà pronun-

nione con altri debitori: art. 2107 e 2108 II. cc.

XII. — La prescrizione non corre contro l'interdetto art. 2158 II. cc.; meno quella preveduta negli articoli 1509, 1522, 2096, 2184, II. cc. e 491 e 508 pr. civ. Inoltre non si può rinunziare a quelle già acquistate: art. 2128 II. cc.

XIII. — L'interdetto ha l'ipoteca legale su i beni del tutore: art. 2007 e 2021 II. cc. Questi deve render conto e può esservi astretto coll'arresto personale, nè è ammesso al beneficio della cessione de' beni: articoli 392, 4225, 4935 n. 4, II. cc. e 982 pr. civ. L'azione contro costui dura 40 anni art. 398.

XIV. — L'interdetto è ammesso al ricorso per ritrattazione de' giudicati contro lui proferiti, ogni qual volta non sia stato difeso o sia stata omessa una parte essenziale della difesa: art. 545 pr. civ. e arresto della Corte Suprema di giustizia di Napoli de' 6 giugno 1843, causa *Lamberti*.

XV. — Negli affari in cui è interessato l'interdetto non vi ha compromesso: art. 438 II. cc. 1080 pr. civ. ed in tutte le cause in cui costui vi ha interesse deve intervenire il pubblico ministero: art. 138 II. cc. e 477 pr. civ.

ziata se non osservate le formalità prescritte per decretarla, e l'interdetto non potrà riprendere l'esercizio dei suoi diritti che dopo la sentenza di revocazione.

I. — La prima proposizione di questo articolo è inesattissima, come prova il resto della disposizione. La cessazione delle cause dell'interdizione non fa punto cessar l'interdizione; solo permette che ne sia dal tribunale pronunziata la rimozione. Fino a che ciò non segua, l'individuo, benché abbia recuperata da gran tempo tutta la sua ragione, rimarrà pur sempre legalmente incapace.

Abbiam detto che l'interdizione legale risultante dalla condanna a lavori forzati a tempo, alla detenzione o alla reclusione, produce in generale i medesimi effetti dell'interdizione giudiziaria; ma vi sono pure delle differenze. Così 1° non ci avrà luogo ad applicare all'interdetto legale la regola dell'art. 508 [431], che vuole, poter dopo dieci anni il tutore e il tutor surrogato esigere l'esonerazione. Infatti l'interdetto legale non può, come lo giudiziario, durar 40, 50 e 60 anni; giacchè i lavori forzati a tempo e la detenzione non posson pronunziarsi che per 20 anni (C. pen. 19 e 20); or la tutela d'un minore (per la quale la durata della funzione non divien mai una scusa) può eziandio durar 20 anni. 2° È chiaro non esservi luogo ad occuparsi della guarigione dell'interdetto, conforme all'art. 510 [433], il consiglio di famiglia non avrà a deliberare nè sul modo onde losi dovrà curare nè pur sulla frazione di rendite che potrebbe attribuirgli, poichè la legge vieta formalmente di dargliene alcuna parte (C. pen. art. 31). 3° Infine, di pieno dritto e pel solo fatto dello spirar della sua pena vedrà l'interdetto legale cessar la sua interdizione (ivi art. 30) (1).

CAPITOLO III

DEL CONSULENTE GIUDIZIARIO.

513 [456]. — Può essere proibito ai prodighi di stare in giudizio, di transigere, di prendere denari a prestito, di riscuotere capitali e di farne quietanze, di alienare, di

aggravare i loro beni d'ipoteca, senza l'assistenza di un consulente che loro è nominato dal tribunale.

I. — Si vede che questa nomina di consulente per prodigalità produce esattamente i medesimi effetti e si trova identicamente quella di che abbiám parlato nell'art. 499 [422]. È una semi-interdizione, un'interdizione imperfetta.

L'individuo provveduto di consulente giudiziario resta capace degli atti cui la legge non gli vieta, a differenza dell'interdetto che cade in una incapacità assoluta. Onde quegli può riconoscere un figlio naturale, maritarsi, far testamento; fare altresì tutti gli atti d'amministrazione e per conseguenza alienare i suoi mobili. Questa ultima idea apparisce chiaro ne' due art. 499 e 513 [422 e 436], che presentano simultaneamente il divieto di alienare e d'ipotecare i beni, non facendo così cadere il divieto d'alienare che su' beni suscettivi d'ipoteca.

E poichè questo quasi-interdetto può da solo maritarsi, potrà dunque accadere che, senza l'assistenza del suo consulente, i suoi beni si trovino colpiti d'ipoteca; poichè il matrimonio porta di dritto ipoteca legale a favor della donna. E non è questa neppure un'eccezione al nostro articolo, dappoichè la legge non dice che senza l'assistenza del consulente, gl'immobili di questo individuo non potranno ipotecarsi, dice che egli non potrà ipotecarli. Or nel caso di matrimonio non è egli, è la legge medesima che impone l'ipoteca, anche ad insaputa e contro la volontà del marito. E la legge parimenti, non le parti, nel caso di comunione legale, sottomette i rapporti de' coniugi circa a' beni alle tali e tali regole; dunque il fatto d'una persona interdetta, di maritarsi senza contratto e sotto il regime di comunione legale che ne risulterebbe, produrrebbe, qui come ovunque, i suoi effetti ordinari. Ben è vero poterne risultare de' vantaggi per l'altro coniuge in detrimento de' figli del quasi-interdetto, ma non son questi gli atti che la legge ha voluto proscrivere; ella ha solo inteso di porre argine alle folli spese, alle convenzioni ruinosi che la sua prodigalità o la sua debolezza di mente gli facesse fare nelle circostanze abituali della vita.

Ma se si facesse un contratto nuziale, il

(1) L'interdizione legale presso noi consiste nella interdizione de' pubblici uffizi, e nella interdizione patrimoniale. La prima consiste nella esclusione del condannato da ogni funzione o impiego pubblico, e nella incapacità di essere tutore o curatore, tranne pe' suoi figliuoli, e col voto del consiglio di famiglia. — L'altra poi porta il divieto di amministrare il proprio patrimonio, che

verrà regolato secondo le norme delle leggi civili per le persone interdetto (Art. 43 e 45 leg. pen.) La condanna a' ferri ed alla reclusione porta seco la perpetua interdizione patrimoniale durante la pena (art. 47 leg. pen.) e quella alla relegazione porta seco l'interdizione de' pubblici uffizi per altrettanto tempo dopo espia la pena per quanto è durata (art. 48 II. pen.). (Nota del traduttore).

consulente dovrebbe intervenire per la validità di quello.

II. — Del resto la nomina di un consulente non è mai un motivo per annullare gli atti fatti antecedentemente, quando le cause della nomina esistano notoriamente. Questi atti restano nel dritto comune e non potrebbero esser dichiarati nulli che sulla prova allegata che al momento preciso dell'atto lo individuo non aveva un sufficiente esercizio della sua ragione. Formulando l'eccezione dell'art. 503 [426], il legislatore, che nell'articolo precedente avea parlato dell'interdizione e della nomina di un consulente, non parla più che della sola interdizione.

L'art. 502 [425] non parlava in prima che dell'interdizione, e quindi l'art. 503 [426] parlava in generale degli atti anteriori alla sentenza. Il Tribunale domandò che all'interdizione dell'art. 503 si aggiungesse la nomina di un consulente, ma fece notare a un tempo che bisognava restringere il seguente art. 503 al caso di sentenza d'interdizioni. E tanto si fece (Fenet, t. X, p. 689, 700 e 701).

III. — L'individuo provveduto di un consulente non è ragguagliato al minore anche emancipato.

Per lui non ci ha che due classi di atti: 1° quelli di cui la legge non parla e che egli può fare da solo, come ogni altro maggiore; 2° quelli indicati dal nostro articolo, pe' quali sempre gli basta l'assistenza del consulente. Non v'è per lui nè consiglio di famiglia alle cui autorizzazioni debba talvolta ricorrere, nè necessità di far mai intervenire la giustizia.

Ma l'individuo sottomesso ad un consulente giudiziario somiglia per altri rispetti al minore emancipato. Così sempre egli agisce, a differenza dell'interdetto, che rappresenta e sostituisce il suo tutore. Egli deve nel suo nome proprio indirizzare o ricevere le citazioni o altre notificazioni; il consulente deve solo assisterlo, cioè concorrere simultaneamente all'atto (non consenso dato posteriormente non sarebbe più un'assistenza e rimarrebbe senza effetto). Questo consulente mai non agendo e non dovendo che dare o ricusare il suo assenso, non può esser responsabile come il curatore che ne' limiti del dritto comune, quando sarà reo di colpa o di grave negligenza (art. 1385 [1339]).

514 [537]. — La proibizione di agire senza l'intervento di un consulente può essere domandata da coloro che hanno diritto di domandare l'interdizione; la loro doman-

da dev'essere instruita e giudicata nello stesso modo. Questa proibizione non potrà essere tolta se non osservate le medesime formalità.

I. — Questo articolo parla delle persone che possono domandare un consulente, e l'articolo precedente ci ha detto che gli atti in esso indicati possono esser vietati; dunque non vi è mai se non semplice facoltà di provocare una nomina di consulente. Quindi il pubblico ministero non è mai tenuto ad agire, solamente può farlo; e si sa che non può sol quando non esistono nè coniugi nè parenti (art. 491 [414]).

Poichè la domanda deve, secondo il nostro articolo, essere istruita nella stessa guisa di quella d'interdizione, si dovrà dunque sempre procedere all'interrogatorio del convenuto, conformemente all'art. 496 [419]; e con ragione un arresto di Agen che avea giudicato inutile questo Interrogatorio pel caso di nomina di consulente fu annullato dalla Corte suprema (1).

515 [438]. — Nessuna sentenza, in materia d'interdizione o di nomina di un consulente, potrà essere pronunziata nè in prima istanza, nè in appello se non dopo le conclusioni del procuratore dell'impero.

I. — Ben s'intende che la sentenza non ha bisogno d'esser resa conformemente alle conclusioni, ma sulle conclusioni del pubblico ministero.

RIASSUNTO DEL TITOLO XI.

De' Maggiori.

I. — Il maggiore è l'individuo pervenuto all'età voluta per la capacità legale. Questa età, per gli atti civili ordinari (non così pel matrimonio e per l'adozione), è quella di ventun anno (art. 488 [411]).

Essendo i maggiori posti sotto l'impero del dritto comune, il loro stato non domanda veruna regola speciale, verna peculiare osservazione; sicchè sol pe' casi in cui una causa eccezionale li sottrae al dritto comune dobbiam noi qui occuparcene. Or tre cause sottrar possono i maggiori all'applicazione delle regole ordinarie e colpirli d'una maggiore o minore incapacità. Ciò sono: 1° per le donne, lo stato di matrimonio; 2° l'interdizione; 3° la nomina di un consulente o interdizione imperfetta.

(1) Cass. 26 genn. 1848 (Dev. 48, I, 177).
Marcadé T. I.

L'incapacità delle donne maritate è stata spiegata nel Reassunto del titolo del *Matrimonio* (n. XXXIX e XL), onde qui non ci accade favellare che dell'interdizione e della nomina d'un consulente.

CAPITOLO I.

DELL'INTERDIZIONE

II. — Non si può interdire se non colui che trovasi in uno stato abituale d'imbecillità o di demenza. Non monta del resto che questo stato presenti o no de' lucidi intervalli, nè che la demenza sia o no accompagnata da furore (art. 489 [412]).

La provocazione dell'interdizione è imposta come un dovere al coniuge ed a' parenti dell'infermo; non è permessa a' suoi affini. Quando non esistono nè coniuge, nè parenti, il pubblico ministero ha sempre la facoltà di agire; ma se la demenza è furiosa, questa facoltà si muta in un dovere che esso deve compiere pur quando vi fossero parenti, coniuge, e questi non agissero. Del rimanente nulla impedisce ad una persona di domandar ella stessa in un lucido intervallo la propria interdizione; ma è evidente che non potrebbe interdirla di sua propria autorità (art. 490 e 491 [413—414]).

III. — La domanda d'interdizione si forma innanzi al tribunale civile del domicilio dell'infermo, mediante postulazione indiritta al presidente; la quale deve indicare articolo per articolo i fatti acconci a giustificare l'imbecillità o la demenza, e far conoscere i testimoni che potranno deporre; e dev'essere accompagnata da diversi atti che potrebbero contribuire a somministrare la prova (art. 492 e 493 [415—416]).

Il Presidente incarica uno de' giudici di fare un rapporto sulla domanda e su' documenti che l'accompagnano. Se su questo rapporto il tribunale non trovi la domanda sufficientemente fondata (benchè per altro regolare), può tosto rigettarla; se crede doversi dar corso, comincia dall'ordinare la formazione d'un consiglio di famiglia, che dee dar il suo avviso sullo stato della persona. Questo consiglio si forma giusta le regole additate nel precedente Reassunto (num. XXXV); epperò vi si chiamano i discendenti maschi della persona e i mariti delle discendenti; la legge vi chiama pure, come è giusto, il coniuge della persona. Tuttavia se ne escludono, come sospetti di parzialità, coloro che hanno provocata l'interdizione, salvo il coniuge e i discendenti, i quali vi sono ammessi non ostante questa circostanza, ma senza voto deliberativo (art. 491 e 493 [417—418]).

Dopo ricevuto l'avviso della famiglia, conforme o no, il tribunale tutto intero, interroga il convenuto nella camera del consiglio; s'egli non può presentarsi, viene interrogato nella sua dimora da un giudice a ciò commesso, assistito dal cancelliere. In ambi i casi, dev'esser presente all'interrogatorio, il quale può rinnovarsi, ove il tribunale lo stimi conveniente (art. 496 [419]).

Dopo il primo interrogatorio il tribunale nomina, se occorre, un amministratore provvisorio, che prende cura della persona e de' beni dell'infermo, senza poter fare altri atti da quelli in fuori di pura amministrazione ed urgenti (art. 497 [420]).

La sentenza vien resa in udienza dopo intese o debitamente chiamate le parti, e sulle conclusioni del pubblico ministero (articolo 498 [421]).

IV. — Quando la sentenza pronunzia l'interdizione, dee notificarsi all'interdetto, e pur quando fosse colpita da appello, gli attori debbon farla affiggere, al più tardi il decimo giorno, nella sala d'udienza del tribunale e negli studi de' notari del circondario (art. 511 [434]).

Quando avvi appello, la Corte può, se il crede necessario interrogar di nuovo il convenuto o farlo interrogare da un giudice commissario (art. 500 [423]).

V. — Se non v'è appello o se la corte conferma la sentenza si procede ad organar la tutela. Se la persona interdetta è una donna maritata, ne sarà tutore legale suo marito; in tutti gli altri casi, avvi luogo a nomina del tutore da parte del consiglio di famiglia, il quale sempre nomina eziandio il tutore surrogato. Il primo atto di gestione del tutore è di ricevere il conto dall'amministratore provvisorio, ove nol sia stato egli medesimo (art. 505 e 506 [428, 429]).

La moglie può essere nominata tutrice del marito. Quando il Consiglio di famiglia stima opportuno di sceglier lei, ella resta tuttavia incapace come maritata e sottomessa alla necessità del magistrato per tutti gli atti ne quali agisce *proprio nomine*; per quelli che fa, come tutrice del marito, ha nè più nè meno la stessa capacità d'ogni altro tutore. Se ella si trovi troppo inceppata e creda lesi i suoi dritti dalla deliberazione del Consiglio su' vari punti cui è chiamato a regolare (segnatamente sulla cifra delle spese da farsi per bisogni dell'interdetto e pel mantenimento della moglie e de' figli) si può appellarne ai tribunali (art. 507 [430]).

Le rendite dell'interdetto debbono soprattutto esser invirtite ad alleviare la sua condizione ed accelerarne il risanamento; non accade qui, come nella tutela de' minori, preoccuparsi di economia da fare. Decide il Con-

siglio, se l'infermo dovrà esser curato in casa sua o in un ospizio sanitario (art. 510 [433]).

Potendo la tutela di un interdetto durare 50 e 60 anni, niuno, tranne il coniuge, gli ascendenti e i discendenti è tenuto a esercitarla oltre 10 anni (art. 508 [431]).

VI. — L'interdizione imprime sulla persona un'incapacità assoluta, la quale rende nulli tutti gli atti che essa far potesse; e questo effetto si produce sin dal dì della sentenza purchè beninteso, questa sentenza (quando non emani dalla Corte) non sia colpita da appello o confermata. Laonde saravvi nullità degli atti stipulati nell'intervallo tra la sentenza appellata e l'arresto che la conferma, non ostante la mancanza di tutela in quel frattempo. Questa nullità è del pari indipendente dall'opposizione degli affissi anzidetti, avendo luogo primachè scorresse il termine dell'affissione. Ma coloro cui la mancanza d'affissi in epoca nella quale doveano esservi, avesse indotti in errore sullo stato dell'interdetto, avrebbero il regresso contro gli attori colpevoli della non fatta affissione (art. 503 [425]).

Sennonchè la non è poi una nullità propriamente detta, ma una causa di annullamento che lascia sussistere l'atto e permette all'interdetto o a'suoi aventi causa d'impugnarlo fra dieci anni dalla cessata interdizione (ivi).

Oltre a questo annullamento degli atti fatti dall'interdetto il quale dee necessariamente pronunziarsi, l'interdizione autorizza ancora i tribunali, fuori del dritto comune, a dichiarar nulli gli atti fatti innanzi la sentenza in un'epoca in cui già era notoria la imbecillità o la demenza. Colui che ha contrattato coll'imbecille o col demente, oggi interdetto, non può schivare questo annullamento che provando com'egli ha veramente agito di buona fede e che l'altro era in un lucido intervallo nel momento dell'atto (art. 503 [426]).

Per un'altra derogazione al dritto comune affatto contraria alla prima, e per punire i parenti negligenti, la legge non permette, dopo la morte d'una persona, d'impugnarsi per manco di ragione gli atti da lei fatti a titolo oneroso, quando la sua interdizione non è stata pronunziata e neppur provocata lei vivente. La legge non fa cessar questa regola se non quando l'atto porti in sè la pruova della mancanza di ragione; nel qual caso può esser proclamato nullo, non solo durante dieci anni, ma in ogni tempo. Altrettanto dicasi dell'atto compiuto durante l'interdizione, se, oltre a questa circostanza, l'inter-

detto o i suoi aventi causa provassero che ha avuto luogo in un momento preciso in cui v'era mancanza di ragione (art. 504 [427]).

VII. — Se durante la tutela dell'interdetto occorra maritare una sua figlia, spetta al consiglio di famiglia di esso interdetto determinare la dote che può prendersi su' beni di lui: epperò il consiglio medesimo dee concorrere alla convenzione de' patti nuziali. Deve però consentirli la figliuola, da sè sola, se è maggiore, altrimenti assistita da'suoi ascendenti o dal proprio consiglio di famiglia. La deliberazione onde il consiglio di famiglia dolo interdetto consente la dote o i patti nuziali dev'essere omologata dal tribunale sulle conclusioni del pubblico ministero (art. 511 [431]).

VIII. L'interdizione non cessa che con la revocazione che se ne pronunzia. La sentenza di revocazione dee, quando l'imbecillità o la demenza è cessata, esser resa nelle medesime forme e sulla domanda delle medesime persone richieste per quella d'interdizione (art. 512 [435]).

Oltre l'interdizione giudiziaria o civile, ve ne ha una legale o criminale che colpisce per tutta la durata della lor pena i condannati a lavori forzati a tempo, alla detenzione o alla reclusione. Costoro sono altresì provveduti d'un consiglio di famiglia, d'un tutor surrogato; e bisogna in generale applicare alla loro tutela le regole indicate per quella de' minori e degli individui giudiziariamente interdetti (1).

CAPITOLO II.

DEL CONSULENTE GIUDIZIARIO.

IX. — Si possono provveder giudiziariamente d'un consulente, senza la cui assistenza saranno incapaci di certi atti, 1.º i prodighi; 2.º coloro che, senza esser privi di ragione, si trovano però fuori stato di amministrare i loro affari, sia per la debolezza della loro intelligenza, sia (come il sordo-muto non istruito) per l'impossibilità materiale di esercitare le loro facoltà (art. 499 e 513 [423 e 436]).

La nomina del consulente può farsi, sia nei due casi, sulla domanda delle persone che potrebbero, se vi fosse luogo, provocare una interdizione, sia, nel secondo caso soltanto, d'ufficio dai tribunali che rigettano una domanda interdizionale.

La domanda si sperimenta innanzi a' medesimi tribunali nelle medesime forme che nel caso d'interdizione; la sentenza dee rendersi e pubblicarsi secondo le stesse regole,

(1) Vedi la nota (1) pag. (632) (Nota del trad.)

e produce altresì i suoi effetti dal dì della sua data (ivi).

Il consulente è sempre nominato dal tribunale, non mai dalla famiglia. Ad esempio del curatore, esso non è mai incaricato di agire, ma solo d'assistere l'incapace che agisce da sé; al pari di quello, non risponde che delle sue colpe e della sua grave negligenza (ivi).

X. — L'individuo provveduto d'un consulente giudiziario non può, senza la sua assistenza, 1° litigare; 2° transigere; 3° prendere a prestito; 4° ricevere un capitale e darne quietanza; 5° alienare o ipotecare i suoi immobili. L'assistenza del consulente consiste nel suo concorso all'atto.

Questi diversi atti, quando son consentiti senza l'assistenza del consulente, sono annullabili a favore del prodigo e sulla sua domanda, per dieci anni a partir dalla cessazione dell'incapacità. In quanto agli atti anteriori alla sentenza, questi non possono mai essere impugnati sotto il pretesto che la causa della nomina esisteva notoriamente allorché furon fatti (art. 513 [436]).

XI. — Per tutti gli altri atti, il maggiore provveduto di consulente conserva la sua capacità ordinaria. Laonde può senza assistenza fare ogni atto d'amministrazione, e per tanto alienare i suoi mobili, testare, maritarsi, il che lo sottomette come ogni altro all'ipoteca legale della moglie. Neppure ne ha bisogno (in quanto concerne il lato pecuniario della società coniugale) per maritarsi senza contratto, e così sottomettersi alla comunione legale (ivi).

XII. — La sottomissione a un consulente giudiziario e l'incapacità che ne risulta non cessano se non in virtù d'una sentenza resa con le formalità volute per la nomina (art. 514 [437]).

APPENDICE

DELLE PERSONE NON INTERDETTE POSTE IN UNO STABILIMENTO DI ALIENATI.

(Legge del 30 giugno 1838).

I. — Le persone, la cui alienazione metterebbe a rischio l'ordine pubblico o la sicurezza altrui, possono essere allagate in uno stabilimento di alienati sull'ordine motivato del prefetto; o anche in caso di pericolo imminente, attestato da un certificato di medico o dalla pubblica notorietà, sull'ordine di un commissario di polizia a Parigi e del sindaco negli altri comuni (L. 1898, art. 18 e 19). Gli altri alienati possono esser ricevuti sopra una domanda indicante sia il grado di parentela, sia la natura delle relazioni esistenti, fra il richiedente e l'alienato, e ac-

compagnato da un certificato di medico che attesta l'alienazione. Del collocamento dee darsi avviso all'autorità amministrativa, la quale avverte il procuratore imperiale del domicilio dell'alienato e quello della situazione dello stabilimento (art. 8 a 10).

II. — Gli atti fatti da una persona posta in uno stabilimento di alienati durante il tempo che vi sarà stata ritenuta, senza che la sua interdizione si sia né pronunziata, né provocata, potranno esser impugnati conformemente all'art. 1304 (1258) C. civ., cioè per dieci anni. Questi dieci anni correranno, rispetto alla persona, a far tempo dalla cognizione che avrà avuta dell'atto dopo uscita dall'ospizio; rispetto agli eredi, dalla cognizione che ne avranno avuta dopo la morte del loro autore (art. 39). — Secondo noi, la persona o i suoi eredi, quando agiscono entro questo termine, non han d'uopo di provare l'alienazione mentale al tempo dell'atto; giacché risulta per presunzione e fino a prova contraria, dal fatto della ritenzione della persona nella casa d'alienati. Che se la persona o i suoi rappresentanti dessero la prova precisa del manco di ragione al momento in cui fu sottoscritto l'atto, questo dovrebbe non più esser annullato, ma riconosciuto e proclamato inesistente, a qualunque epoca lo si esaminasse; non potendo un atto formarsi senza la volontà di colui che lo sottoscrive, e non avendo volontà colui che è attualmente in istato di follia.

Sulla domanda de' parenti, del coniuge o della commissione amministrativa dello stabilimento, il tribunale del domicilio della persona potrà nominare un amministratore provvisorio de' beni (art. 33). Le disposizioni del Codice civile sulle cause che dispensano dalla tutela, su le incapacità, le esclusioni o le destituzioni dei tutori, sono applicabili all'amministratore provvisorio, su' cui beni può il tribunale costituire un'ipoteca generale o speciale, fino alla concorrenza d'una somma determinata. Quest'ipoteca, a differenza di quella de' tutori, che esiste indipendentemente dall'iscrizione, non prende data se non dal dì della iscrizione, che il procuratore imperiale dee prendere fra quindici giorni (art. 34).

Se trattasi di stare in giudizio, sia da attore, sia da convenuto, la persona posta nello stabilimento d'alienati sarà rappresentata da un mandatario speciale indicato dal tribunale (art. 33). Il pubblico ministero deve sempre essere inteso nelle cause che interessano una tal persona (art. 40).

Oltre all'amministratore de' beni e al mandatario *ad hoc* per istare in giudizio può il tribunale sulla domanda dell'interessato, di un parente, del coniuge, di un amico, o sulla

provocazione del procuratore imperiale, nominare un curatore alla persona non interdetta posta in uno stabilimento di alienati, il quale dovrà vegliare, 1° che le rendite sieno impiegate ad alleviar la condizione dell'infermo e accelerarne il risanamento; 2° che l'infermo sia ripristinato nell'esercizio de' suoi dritti come tosto il suo stato lo permetta. Questo curatore, per una savia precauzione, non può scegliersi fra gli eredi presuntivi dell'alienato (art. 38).

Se, non essendosi nominato amministratore de' beni, l'alienato si trovasse interessato in inventari, conti, divisioni o liquidazioni, vi verrebbe rappresentato da un notaio commesso dal presidente del tribunale (art. 36).

III. — Il prefetto può sempre ordinar l'uscita immediata delle persone poste nello stabilimento, sia che il collocamento abbia

avuto luogo sul suo ordine, sia che sulla domanda di privati (art. 16 e 20).

Il tribunale della situazione dello stabilimento può anche ordinare l'uscita immediata, sulla domanda della persona medesima, del suo tutore se è minore, del curatore, di ogni parente o amico, di colui che ha domandato il collocamento o del procuratore dell'impero (art. 29).

Infine la persona deve cessare di esser ritenuta, tosto che i medici dello stabilimento la dichiarino guarita (art. 13); ed anche quando l'uscita è domandata dall'una delle persone seguenti: — dal curatore di cui si è parlato di sopra; — dal coniuge; — in mancanza di coniuge, dagli ascendenti; — in mancanza di ascendenti, da' discendenti; — dalla persona che ha firmata la domanda di ammissione; — da ogni persona a ciò autorizzata dal consiglio di famiglia (art. 14).

INDICE

DEDICA dell'opera italianizzata al Presidente della Suprema Corte di Giustizia Cav. Navarro.		
L'EDITORE NAPOLITANO.		
PREFAZIONE.	PAG.	9
INTRODUZIONE. — Nozioni Preliminari.		
CAP. I. — Del diritto e delle leggi in generale	ivi	12
CAP. II. — Del diritto Francese	ivi	21
SPIEGAZIONE DEL CODICE CIVILE		
TITOLO PRELIMINARE. — DELLA PUBBLICAZIONE, DEGLI EFFETTI E DELL'APPLICAZIONE DELLE LEGGI IN GENERALE		
Della Confessione, promulgazione e pubblicazione della legge (art. 1 (4))	ivi	27
Della non retroattività della legge (art. 2 (2))	ivi	31
Della distinzione degli statuti reali e personali (art. 3 (5 e 6)).	ivi	41
Della conservazione fatta dalla legge civile francese di tutti i principi del diritto naturale. — Diritto assoluto per ogni cittadino di chiedere giustizia (art. 4 (4))	ivi	47
Della separazione de' poteri legislativo e giudiziario. Organamento del potere giudiziario in Francia (ed in Napoli). Atribuzione della corte di cassazione (art. 5 (3))	ivi	48
REASSUNTO del titolo preliminare.	ivi	53
LIBRO PRIMO		
DELLE PERSONE		
Dissertazione sul significato della parola <i>Persona</i> Nozioni sul diritto Romano.		
TITOLO PRIMO. — DEL GODIMENTO DE' DIRITTI CIVILI		
Questo godimento appartiene ad ogni cittadino francese. Come si nasce o si acquista francese (art. 7, 8, 9, 10 e 12 (9, 8, 11, 12, 13 e 15))	ivi	60
Della condizione dello straniero in quanto ai diritti civili (art. 11 (2 n. 4))	ivi	63
Della condizione dello straniero autorizzato a stabilirsi in Francia (art. 12 (2 n. 3))	ivi	73
De' giudicati stranieri ed esecuzione in Francia	ivi	75
CAP. II. — Della privazione de' diritti civili	ivi	79
SEZIONE I. — Della privazione de' diritti civili in conseguenza di condanne giudiziali	ivi	81
Della privazione totale de' diritti civili, ossia della morte civile	ivi	87
Da quali condanne risulta la morte civile (art. 23 e 24)	ivi	93
Degli effetti della morte civile (art. 25)	ivi	93
In qual momento essa ha luogo (art. 26-27 (29-30))	ivi	101
Tre periodi sono a considerarsi nel corso di continuata. — Primo periodo (art. 28-29 (31-32)).	ivi	107
Secondo periodo. — Ristituzione civile. — Critica della morte civile (art. 30 (33))	ivi	111
Terzo periodo (art. 32-33 (35))	ivi	120
Della privazione parziale de' diritti civili	ivi	123
REASSUNTO del titolo primo	ivi	125
TITOLO SECONDO. — DEGLI ATTI DELLO STATO CIVILE		
CAP. I. — Disposizioni generali	ivi	129
Del valore che hanno gli estratti degli atti dello stato civile (art. 45 (47))	ivi	133
De' mezzi come supplirsi agli atti, quando o non furono iscritti su' registri o quando si sieno distrutti (art. 47 (48))	ivi	137
Degli atti dello stato civile de' francesi rivevuti in paese straniero (art. 47-48 (49-50)).	ivi	140
Delle contravvenzioni degli ufficiali dello stato civile (art. 50 (51))	ivi	141
CAP. II. — Degli atti di nascita	ivi	143
Della dichiarazione della nascita (art. 55-56 (57-58))	ivi	149
Della iscrizione degli atti di riconoscimento (art. 58 (56))	ivi	146
CAP. III. — Degli atti di matrimonio (Rinvio)	ivi	148
CAP. IV. — Degli atti di morte	ivi	151
Delle regole per i casi ordinari (art. 27 e 29 (59 e 61))	ivi	155
Dello regole speciali per i casi straordinari di morte (art. 62 e 67 (65 e 92))	ivi	159
CAP. V. — Degli atti dello stato civile, riguardo ai militari fuori del territorio dell'impero	ivi	163
Della competenza rispettiva degli ufficiali speciali dell'armata, e degli ufficiali del paese straniero	ivi	164
CAP. VI. — Della rettificazione degli atti dello Stato Civile	ivi	169
REASSUNTO del titolo II.	ivi	161
TITOLO TERZO. — DEL DOMICILIO		
Del cambiamento di domicilio (art. 103, 104, 105 (108, 109, 110))	ivi	169
Del domicilio convenzionale (art. 111 (116))	ivi	176
REASSUNTO del titolo III.	ivi	177

TITOLO QUARTO. — DEGLI ASSENTI

PAG. 179

- CAP. I. — Della presunzione di assenza 180
CAP. II. — Della dichiarazione di assenza 183
CAP. III. — Degli effetti dell'assenza 186

SEZIONE I. — Degli effetti dell'assenza relativamente ai beni che l'assente possedeva al tempo del suo allontanamento 186

- Dell'immissione provvisoria in possesso degli eredi presuntivi (art. 120 (126)) 186
Dell'immissione in possesso degli aventi diritto oltre gli eredi presuntivi. Apertura del testamento (art. 123 (129)) 189
Della facoltà del coniuge in comunione di beni d'impedire gli effetti della dichiarazione di assenza (art. 124 (130)) 193

De' diritti degli immessi provvisoriamente in possesso e del consiglio amministratore, sulle rendite (art. 127-129 (133, 134)) 214

Dell'immissione definitiva in possesso. Della liberazione delle cauzioni (art. 129 (135)) 219

Dell'apertura reale della successione dell'assente. Della petizione dell'eredità (art. 130 (136)) 222

Del ritorno e delle nuove dell'assente durante l'immissione definitiva. Natura del diritto di proprietà degli immessi definitivamente in possesso (art. 133 (138)) 225

Del termine privilegiato accordato ai discendenti dell'assente per reclamare il semplice possesso de' beni durante l'assenza (art. 133 (139)) 227

Da chi e contro chi si esercitano alla pra, sia dopo la dichiarazione di assenza, le azioni attive a proprio dell'assente. Contro chi corre la prescrizione de' suoi beni (art. 134 (140)) 230

SEZIONE II. — Degli effetti dell'assenza riguardo alle ragioni eventuali che possono competere all'assente 231

Del passaggio di questi diritti in coloro che li raccoglierebbero in mancanza dell'assente (art. 135-136 (144-145)) 231

Del diritto dell'assente che ritorna di sperimentare questi diritti, purché non si sia acquistata la prescrizione. Alienazioni consentite dall'eredità apparente (art. 137 (145)) 235

Dell'acquisto de' frutti del possessore in buona fede (art. 138 (144)) 242

SEZIONE III. — Degli effetti dell'assenza relativamente al matrimonio (139-140) 243

CAP. IV. — Della cura de' figli minori del padre scomparso 245

Della scomparsa del padre in tre ipotesi (art. 141, 142 e 143 (145, 146 e 147)) 246

Della scomparsa della madre nelle stesse ipotesi. Degli effetti non indicati dal codice della presunzione di assenza relativamente ai figli maggiori, e della dichiarazione dei minori 252

APPENDICE. — De' militari assenti 253

RIASSUNTO del titolo IV. 256

TITOLO QUINTO. — DEL MATRIMONIO.

PAG. 261

CAP. I. — Delle qualità e condizioni necessarie per contrarre matrimonio 266

Dell'età competente (art. 145-146 (152)) 266

Del consenso delle parti contrattanti (art. 146 (153)) 266

Della mancanza di un primiero connubio (art. 147 (155)) 268

Del consenso degli ascendenti (art. 148 e 149 (163 e 164)) 269

Del consenso degli ascendenti (art. 150 e 151 (165 e 169)) 278

Degli effetti della mancanza del consenso e del consiglio contro l'utilizzo civile (art. 156-157 (170-174)) 281

Dell'applicazione di questi principi ai figli naturali (art. 158 e 159 (175-177)) 283

Del consenso del consiglio di famiglia (art. 160-174) P. 281
Degli impedimenti al matrimonio per parentela (art. 163 e 164, 165 e 166) 281

APPENDICE su gl'impedimenti al matrimonio. — Matrimonio de' preti 289

CAP. II. — Delle formalità relative alla celebrazione del matrimonio 297

Della pubblicazione. (art. 62 e 65, 70 e 73, 161 e 163 (68, 72 e 75, 125 e 178)) 299

Del matrimonio di un francese con uno straniero (art. 170 e 171 (180)) 306

Del domicilio per matrimonio (art. 71 (76)) 310

Della celebrazione del matrimonio. Della redazione dell'atto (art. 75, 76 (77, 79)) 313

CAP. III. — Delle opposizioni al matrimonio 315

Delle persone, cui appartiene il diritto di opporsi (art. 172 e 175 (181 e 184)) 315

Delle formalità delle opposizioni (art. 66 e 69, 176 (69 e 71, 185)) 318

Delle rinvie delle opposizioni (art. 177 e 179 (186 e 188)) 320

CAP. IV. — Delle domande per nullità di matrimonio. — Differenza tra il matrimonio propriamente nullo e l'annullabile 324

Dell'annullamento per vizio di consenso. Desertazione (art. 180 e 181) 328

Dell'annullamento per impubertà, per bigamia, per incesto e per clandestinità (art. 184 e 193) 330

Delle prove della celebrazione del matrimonio (art. 194 e 200) 357

Del matrimonio putativo (art. 201-202 (191-193)) 366

CAP. V. — Delle obbligazioni che nascono dal matrimonio 375

Del dovere di educare i figli (art. 203-204 (193-194)) 378

Teorica del dovere alimentare (art. 205 e 211 (195 e 200)) 378

CAP. VI. — De' diritti e de' doveri rispettivi de' coniugi 387

Del mutuo dovere di fedeltà, soccorso ed assistenza (art. 212 (201)) 387

Del dovere del marito di proteggere la moglie, e per la moglie di obbedire e coabitare col marito (art. 213-214 (202-203)) 388

Teoria dell'incapacità della donna maritata (art. 215 e 216 (204 e 215)) 389

CAP. VII. — Delle sciegli ven'e del matrimonio 403

CAP. VIII. — Delle seconde nozze 403

RIASSUNTO del titolo V. 403

TITOLO SESTO. — DEL DIVORZIO E DELLA SEPARAZIONE PERSONALE 415

Capitoli I, II, III, e IV relativi al divorzio 415

CAP. V. — Della separazione personale (art. 206) 420

Delle cause della separazione personale (art. 206) 421

Delle formalità per intentare ed istruire l'azione. Misure provvisorie (art. 207 (222)) 423

Degli effetti della separazione. Unificazione sulla nullità delle donazioni (art. 311) 426

RIASSUNTO del titolo VI 433

APPENDICE. — Della separazione personale secondo le leggi civili del regno delle Due Sicilie 434

TITOLO SETTIMO. — DELLA FIDUCIARIA E DELLA FIDUCIARIONE 435

CAP. I. — Della fiduciaria de' figliuoli legittimi. Della durata della gestazione. — Del non riconoscimento. — Contestazione della legittimità (art. 312-313 (231-240)) 435

CAP. II. — Delle prove della fiduciaria de' figliuoli legittimi 447

Della prova per titolo (art. 319 (241)) 448

Delle prove per possesso di stato (art. 320-324 (342-343)).	PAG. 449
Degli effetti della riunione del titolo e del possesso di stato (art. 322 (345)).	451
Delle prove per testimoni (323 a 325 (345 a 347)).	ivi
Regole generali (art. 326 a 330 (348 a 352)).	453
CAP. III. — De' figli naturali.	461
SEZIONE I. — Della legittimazione de' figli naturali (art. 331 a 333 (353 a 355)).	ivi
SEZIONE II. — Del riconoscimento de' figli naturali.	465
Del riconoscimento volontario (art. 334 a 336 (357 a 359)).	ivi
Del riconoscimento volontario e giudiziaro fatto durante il matrimonio (art. 337 (360)).	470
Del riconoscimento giudiziaro (art. 338-342 (363-365)).	480
RIASSUNTO del titolo VII.	486
TITOLO OTTAVO. — DELL'ADOZIONE E DELLA TUTELA OFFICIOSA.	492
CAP. I. — Dell'adozione.	493
SEZIONE I. — Dell'adozione e de' suoi effetti.	ivi
Delle condizioni per l'adozione fatta tra vivi (art. 343 a 346 (366 a 370)).	ivi
Dell'adozione fatta da un prete, e di quella di un bastardo riconosciuto.	ivi
Degli effetti dell'adozione (art. 347, 348, 349 a 352 (371, 372, 373 a 376)).	500
SEZIONE II. — Delle forme dell'adozione (art. 353-360 (377-381)).	507
CAP. II. — Della tutela officiosa e dell'adozione testamentaria.	511
Delle condizioni dell'adozione testamentaria (art. 360).	512
RIASSUNTO del titolo VIII.	516
TITOLO NONO. — DELLA PATRIA POTESTÀ.	520
Regole generali (art. 371 a 374 (387 a 390)).	521
Del diritto di educazione e di correzione (art. 375 a 383 (393 a 399)).	523
Del diritto di amministrare i beni (Appendice).	528
Del diritto d'usufrutto legale (art. 384 a 387 (399 a 399)).	535
RIASSUNTO del titolo IX.	546
TITOLO DECIMO. — DELLA MINOR ETÀ, DELLA TUTELA E DELL'EMANCIPAZIONE.	549
CAP. I. — Della minor età (art. 388 (399)).	550
CAP. II. — Della tutela.	551
SEZIONE I. — Della tutela legale del padre e della madre.	ivi
Dell'epoca in cui si apre la tutela de' figli legittimi o naturali (art. 389 (394)).	ivi
Del tutore nominato dal padre alla madre sopravvivenza (art. 391-392 (395-396)).	554
Del tutore al ventre pregnant (art. 393 (396)).	ivi
Del rifiuto della madre. Del caso del suo secondo matrimonio e del secondo marito tutore (art. 394 a 398 (396 a 398)).	555
SEZIONE II. — Della tutela deferita dal padre o dalla madre (art. 397 a 401 (399)).	PAG. 557
SEZIONE III. — Della tutela legale degli ascendenti.	559
SEZIONE IV. — Della tutela (de'iva) deferita dal consiglio di famiglia.	561
Della formazione del consiglio di famiglia (art. 406 a 412 (397 a 399)).	ivi
Della convocazione e deliberazione del consiglio (art. 411, 412 (399-397)).	566
Del protutore (art. 417 (398)).	569
Quando il tutore deve entrare in funzioni (art. 418 (399)).	579
SEZIONE V. — Del tutore surrogato (art. 420 a 426 (399 a 398)).	571
SEZIONE VI. — Delle cause che dispensano dalla tutela.	575
Delle diverse cause di scossa (art. 427-441 (399-463)).	ivi
SEZIONE VII. — Dell'incapacità, delle esclusioni e delle destituzioni della tutela.	578
Delle cause d'incapacità (art. 442 (365)).	579
Delle cause di esclusione e di destituzione (art. 443-449 (366-372)).	582
SEZIONE VIII. — Dell'amministrazione del tutore.	583
De' dritti del tutore sulla persona del pupillo (art. 450 (773)).	ivi
De' dritti in quanto al bene. Delle obbligazioni che deve adempiere nell'entrare in funzioni (art. 451 a 456 (374 a 379)).	586
Dell'alienazione e dell'ipoteca degli immobili (art. 457 e 458 (380 e 383)).	591
Delle condizioni richieste per diversi altri atti (art. 461 a 467 (384 a 390)).	591
Quando e come il tutore ha il diritto di correzione (art. 468 (391)).	597
SEZIONE IX. — De' conti della tutela (art. 469 a 475 (392 a 398)).	598
CAP. III. — Dell'emancipazione.	609
Delle cause ed effetti dell'emancipazione (art. 476-479; 480-484 (399-402; 403-407)).	601
Delle cause ed effetti della sua revoca (art. 485-496 (408-409)).	
RIASSUNTO del titolo X.	
TITOLO UNDECIMO. — DELLA MAGGIOR ETÀ, DELL'INTERDIZIONE E DEL CONSULENTE GIUDIZIARIO.	623
CAP. I. — Della maggior età (art. 488 (411)).	ivi
CAP. II. — Dell'interdizione.	ivi
Per quali cause e da chi la può essere provocata (art. 489 a 491 (412 a 414)).	624
Delle formalità dell'interdizione e della sentenza (art. 492 a 501 (415 a 425)).	625
Degli effetti dell'interdizione (art. 502 a 511 (325 a 434)).	627
CAP. III. — Del consulente giudiziario.	632
RIASSUNTO del titolo XI.	632
Delle persone interdette situate in uno stabilimento di alienati.	636



